

## THESIS / THÈSE

### MASTER EN SCIENCES ÉCONOMIQUES ORIENTATION GÉNÉRALE À FINALITÉ SPÉCIALISÉE

**Concurrence, efficencies et politiques industrielles au sein de l'UE  
des relations entre un marché concurrentiel et l'innovation**

Giannone, Francesco

*Award date:*  
2019

*Awarding institution:*  
Universite de Namur

[Link to publication](#)

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



***Master économie 120 Faseg  
Travail de Fin d'Etudes  
Directeur : C.Huveneers***

**Concurrence, efficiences et politiques industrielles  
au sein de l'UE : des relations entre un marché  
concurrentiel et l'innovation.**

***Francesco Giannone  
Année académique 2018-2019***

### **Remerciement :**

Nos remerciements vont à l'ensemble du corps professoral de la FASEG de l'université de Namur sans qui la réalisation de ce travail n'aurait été possible.

Nous tenons plus particulièrement à remercier le professeur Christian Huveneers pour sa disponibilité et son expertise mais également pour être aimablement resté à notre portée tout au long de ce travail.

## ***Table des matières***

1	Introduction .....	5
2	Brève introduction économique à la politique de concurrence .....	6
3	Les trois piliers de la politique de concurrence européenne .....	9
3.1	Introduction .....	9
3.2	La réglementation européenne sur les aides d'Etat .....	11
3.3	La réglementation sur les fusions (Règlement (CE) no 139/2004) .....	13
3.4	Pouvoir juridique et champ d'application du droit européen de la concurrence .....	14
4	L'autorité et le droit de la concurrence en Belgique .....	16
5	Relations entre concurrence et innovation .....	16
6	Fusion et innovation .....	19
6.1	Les principales approches théoriques dans l'appréciation des fusions d'entreprises .....	19
6.2	Les innovations disruptives et la problématique des fusions .....	23
6.3	Le contrôle des fusions d'entreprises .....	25
6.4	Le contrôle des fusions sur des marchés dynamiques .....	26
6.5	La jurisprudence européenne dans le cadre des fusions/acquisitions .....	28
6.5.1	Décisions de la Commission, refus/acceptation sous conditions. ....	28
6.5.1.1	GSK/Novartis fusion horizontale (2015) .....	28
6.5.1.2	GE/Alstom (2015) : fusion horizontale.....	29
6.5.1.3	Dow/Du Pont (Théorie élargie du dommage).....	30
6.5.1.4	Fusion (acquisition) Bayer/Monsanto (2018) .....	33
6.5.1.5	Fusion/acquisition Siemens-Alstom : refus de la Commission .....	36
6.5.2	§2 Décision d'acceptation inconditionnelle de la Commission .....	38
6.5.2.1	FACEBOOK/WhatsApp .....	38
7	Les Cartels : art.101 TFUE et article IV.1 CDE .....	39
7.1	Introduction .....	39
7.2	Les éléments constitutifs de l'infraction d'entente.....	39
7.3	La standardisation et les ententes .....	40
7.4	Le cartel et la clémence (en complément) .....	42
7.4.1	La directive sur les actions en dommage et intérêts pour infraction au droit de la concurrence en relation avec la procédure de clémence .....	44

7.5	La jurisprudence de l'ABC (en complément).....	44
7.5.1	Cartel et marché public .....	44
8	Politique de la concurrence et politique industrielle européenne.....	46
9	La politique industrielle de l'UE et le reste du monde.....	47
10	Conclusion.....	49
11	Bibliographie .....	52

# 1 Introduction

*« L'objet des lois antitrust est d'assurer la compétitivité de l'économie en se fondant sur l'hypothèse selon laquelle grâce à la concurrence les désirs des consommateurs seront satisfaits au plus bas prix possible et les biens seront produits au moindre coût c'est-à-dire avec l'utilisation de la plus faible quantité de ressources possibles...En termes économiques, la concurrence maximise le bien être des consommateurs, d'une part, en accroissant l'efficacité allocative (en dirigeant les ressources vers la production de qui répond le mieux aux désirs des consommateurs) et l'efficacité productive ( en obligeant les offreurs à utiliser les ressources de la façon la plus économe) et, d'autre part, en favorisant l'efficacité dynamique (l'innovation). Ainsi, en promouvant la concurrence, l'antitrust vise à maximiser la taille du « gâteau économique » ; la question de savoir comment ce gâteau doit être réparti est, quant à elle, l'objet d'autres législations »<sup>1</sup>.*

L'intégration du marché au niveau européen a pour objectif d'y développer et d'y garantir la concurrence, et ce en organisant la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production.

La construction d'un tel marché ne pourra se faire sans l'élaboration d'une politique industrielle également d'envergure européenne. Cette politique devrait inciter les Etats membres à dépasser leurs divergences liées à leurs intérêts individuels et ainsi favoriser l'émergence d'une industrie à dimension européenne, mieux à même de faire face aux enjeux de la mondialisation<sup>2</sup>.

Il s'agit essentiellement d'une politique horizontale qui vise à favoriser le développement de diverses industries au sein d'un même marché concurrentiel, notamment par la mise à disposition d'infrastructures publiques à externalités positives, et par le soutien à la recherche et au développement<sup>3</sup>.

La construction d'un marché concurrentiel intégré, stimulé en son sein par une politique industrielle compatible, est liée à l'élaboration d'instruments juridiques qui veillent au maintien des conditions favorables à la concurrence, et ce notamment en exigeant, en autorisant ou en proscrivant certains comportements dans le chef des entreprises et des Etats membres concernés<sup>4</sup>.

L'élaboration d'une politique européenne de la concurrence est une construction dynamique faisant interagir structures étatiques et structures européennes en vue de l'élaboration d'un positionnement commun visant, entre autres, la cohérence sur le plan juridique et économique.

---

<sup>1</sup> Gellhorn, 1984.

<sup>2</sup> Defraigne et al. (2017).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Defraigne et al. (2017 :247).

Après avoir présenté l'argumentation des économistes sur les possibles relations entre les politiques de concurrence et les efficiences (statiques et dynamiques), nous présenterons les instruments juridiques, au niveau européen et au niveau de la Belgique, qui visent à la protection du caractère concurrentiel du marché européen ; ensuite, tout en développant divers aspects de la politique de concurrence, nous présenterons certaines des dernières évolutions de la jurisprudence européenne et belge en la matière. Avant de conclure nous reviendrons plus spécifiquement sur l'articulation entre politique de concurrence et politiques industrielles nationales et européennes. De manière très succincte nous évoquerons également la place de l'Union Européenne au sein de l'échiquier du commerce mondial.

## 2 Brève introduction économique à la politique de concurrence

*« Une politique de concurrence présuppose un choix idéologique où les modes de production et de consommation privilégiés sont basés sur le libre-échange et la libre concurrence entre entreprises »<sup>5</sup>.*

L'article 4 du TFUE<sup>6</sup> consacre au niveau européen le principe d'une économie de marché ouverte à la concurrence.

La question qui se pose alors est celle du degré optimal de concurrence.

Les théories classiques défendent le principe d'une concurrence pure et parfaite comme déterminant d'une allocation Pareto-optimale des ressources économiques, optimale tant du point de vue du consommateur que du point de vue du producteur. Ce à quoi répondent les théories de la concurrence imparfaite par le fait qu'à cause des imperfections de marchés, comme la non homogénéité des produits, la présence d'oligopoles et de barrières à l'entrée, mais aussi à cause de défaillances du marché, tels que l'information imparfaite, le manque de mobilité des facteurs, les économies d'échelle, les externalités..., l'efficacité productive ( la recherche d'économies d'échelle pouvant aller jusqu'à des situations de monopole naturel) ne mène pas nécessairement à l'efficacité allocative (vers une production qui répond au mieux au bien-être du consommateur). En effet, la concentration des parts d'un marché entre un petit nombre de firmes peut placer ces dernières en situation de « Price maker » au détriment du bien-être du consommateur<sup>7</sup>. Cependant, comme nous le développerons plus loin, selon un point de vue Schumpétérien, la recherche d'une telle situation de pouvoir de marché peut accroître les efficiences dynamiques.

En réponse aux concentrations de marché, la théorie des marchés contestables nous dit qu'un marché ne doit pas nécessairement satisfaire à des exigences d'atomicité et d'homogénéité, ces exigences pouvant aller à l'encontre des efficiences productives. Ce qui

---

<sup>5</sup> Defraigne et al. (2017 :241),

<sup>6</sup> Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne.

<sup>7</sup> Defraigne et al. (2017).

importe le plus pour la théorie des marchés contestables c'est la garantie de la libre entrée et sortie d'un marché. Cette garantie constitue la « *menace concurrentielle* » nécessaire pour assurer qu'une entreprise détenant une part de marché importante, voire un monopole, continue à se comporter envers ses clients comme si elle était active sur un marché en concurrence effective. Le pouvoir de marché d'une entreprise ne doit donc pas se traduire en dominance de marché<sup>8</sup>.

En ce qui concerne la relation entre concurrence et efficience dynamique, dans leur recherche empirique, Buccirosi et al. (2013) établissent une relation positive entre des indicateurs de productivité totale des facteurs PTF<sup>9</sup> et des indicateurs de politique de concurrence CPI<sup>10</sup>, et ce après avoir contrôlé pour d'autres variables déterminantes de la PTF.

En utilisant des indicateurs CPIs désagrégés, leur permettant ainsi de distinguer sur la PTF les effets venant de facteurs institutionnels de ceux venant de facteurs de mise en applications de politiques de concurrence, désagrégation leur permettant également de distinguer sur la PTF l'influence exercée par les contrôles de fusions de celle exercée par les mesures antitrust, les auteurs ont pu établir que, bien que toutes ces variables désagrégées restent positivement liées à la PTF, la relation est encore plus marquée en ce qui concerne le facteur institutionnel qu'en ce qui concerne les mesures de protection de concurrence.

Kegels et al. (2011) tentent quant à eux d'expliquer la baisse de la compétitivité des entreprises belge, baisse de compétitivité exprimée en termes de croissance relativement insuffisante de la PTF belge par rapport à la croissance des salaires, par la faiblesse des scores enregistrés par le pays relativement à d'autres pays européens et ce en ce qui concerne cinq déterminants potentiellement indicateurs du niveau de concurrence dans le pays.

---

<sup>8</sup> Defraigne et al. (2017).

<sup>9</sup> L'indicateur PTF (Productivité Totale des Facteurs de production) mesure « *la partie de la croissance économique qui ne peut être expliquée par une croissance du facteur travail (plus d'heures de travail) ou par plus de capital (plus d'investissement, « capital deepening»).* On considère ce résidu (appelé résidu de Solow) comme assimilable au progrès technologique (ou éventuellement à des améliorations d'ordre institutionnel). » Defraigne et al. (2017:292).

<sup>10</sup> Competition Policy Indicators, « *The CPIs measure the deterrence properties of a jurisdiction's competition policy (where by competition policy, we mean the antitrust legislation including the merger control provisions and its enforcement) .... To measure competition policy, we identify a set of its institutional and enforcement features that we consider to be key in deterring anti-competitive behaviors. We then aggregate these variables to form a set of summary indicators, the Competition Policy Indicators (CPIs). We generate an Aggregate CPI that summarizes all the key features of the competition policy of a country, as well as more disaggregated ones that refer only to the features of competition policy relative to specific behaviors (i.e., cartels, other competitive agreements and abuses of dominance – collectively referred to as 'antitrust' – and mergers), or only to the 'institutional' or the 'enforcement' features of a competition policy;* » Buccirosi et al. (2013).



Tout en postulant une relation positive entre concurrence et les investissements en processus de la part des entreprises<sup>11</sup>, les auteurs relèvent que la Belgique performe moins bien que la moyenne européenne en ce qui concerne l'indicateur « price-cost margin » qui, reflétant l'efficacité allocative, entretiendrait une relation négative avec le degré de concurrence (Ceteris paribus, la concurrence ayant pour effet de diminuer la marge entre le prix de vente et le coût marginal). Les marges sont donc relativement plus élevées pour la Belgique.

Les auteurs constatent également que les entrées et sorties des marchés sont moins fréquentes par rapport aux pays voisins, les marchés y étant plus concentrés. Cependant Kegels et al. (2011) n'excluent pas que la concentration élevée d'un marché peut engendrer une concurrence importante entre les protagonistes déjà présents sur ce marché. En effet, les indices indiquent une élasticité significative des profits aux changements des coûts de productions<sup>12</sup>, mais aussi un certain dynamisme en ce qui concerne les variations des parts de marché détenues par les acteurs en présence.

Cependant, les auteurs relativisent leurs résultats notamment à cause du caractère équivoque de certains indicateurs<sup>13</sup>, mais aussi à cause de l'indisponibilité de certaines données importantes.

L'étude de la relation entre les indicateurs CPI et PTF est une manière de poser la question de l'importance de la relation entre concurrence et innovation, entre concurrence et efficacité dynamique, cette dernière étant hypothétiquement reflétée dans la PTF.

Une approche complémentaire pour apprécier la relation entre concurrence et innovation est celle d'observer comment l'innovation est prise en compte dans les politiques de concurrence. Autrement dit, comment les états membres de l'UE ainsi que l'UE intègrent-ils la question de l'efficacité statique et dynamique dans leur mise en œuvre de la politique de concurrence.

Sur le plan juridique, les textes de base consacrés par l'UE à la protection de la concurrence traitent des cartels, des abus de position dominante, des fusions et des aides d'Etat. La Commission européenne (D.G. Concurrence) ainsi que les autorités nationales de concurrence des Etats membres veillent au respect des normes en la matière.

---

<sup>11</sup> "The more intense competition is, the more likely it is that market players invest in productivity enhancing methods of production. ".

<sup>12</sup> Il s'agit en fait de l'indice de Boone, c.à.d. l'élasticité des profits par rapport au coût. Une hausse de cette élasticité signifiant une intensification de la concurrence (indice en valeur absolue).

Boone, J., J.C. Van Ours & H. Van der Wiel, How (not) To Measure Competition, Working Paper N° 6275, CEPR, Londres, 2007.

<sup>13</sup> Par exemple, comme le relèvent les auteurs, une « Price-cost margin » élevée n'est pas nécessairement la conséquence d'une faible concurrence, mais peut aussi être le fait de gains d'efficacité productive (par exemple des rendements d'échelle) ou dynamique (innovation et prime de risque). C'est pourquoi il est utile de confronter cette variable « Price-cost margin » avec l'indice de Boone qui mesure l'élasticité des profits par rapports aux couts (la valeur absolue de cet indice est supposée augmenter avec le degré de concurrence).

La Commission européenne veille à assurer la contestabilité des marchés sans d’emblée favoriser l’une ou l’autre structure de marché (comme par exemple une structure atomistique à l’instar de la théorie de la concurrence pure et parfaite). Selon les spécificités liées à un marché, l’autorité de contrôle vise à identifier le niveau de concentration acceptable de ce dernier. Parmi les critères considérés par la Commission l’on trouve notamment la structure des coûts (fixes et variables), la différenciation des produits, l’existence de barrières à l’entrée... La sanction d’abus de position dominante est également révélatrice de ce positionnement par la Commission. Cette dernière considère qu’une entreprise en position dominante aura tendance à ne pas abuser de cette position si en tant qu’entreprise elle continue à évoluer sous la menace d’une concurrence du moins potentielle<sup>14</sup>.

Au cours de ce travail nous traiterons également de l’évolution de la jurisprudence européenne et belge en ce qui concerne son application du droit de la concurrence. Au travers des décisions présentées, nous tâcherons de mettre en évidence les arguments économiques sous-tendus par ces décisions ainsi que leurs implications, notamment en matière d’innovation.

Notre objectif tout au long de ce travail est de mettre en évidence les relations entretenues entre les exigences d’une politique européenne de la concurrence et les politiques industrielles associées.

### 3 Les trois piliers de la politique de concurrence européenne<sup>15</sup>

#### 3.1 Introduction

Au niveau de l’UE, la réglementation relative aux contrôles de l’autorité politique en matière de protection et de promotion de la concurrence se subdivise en trois parties : le contrôle des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante), les aides d’Etat et le contrôle des fusions.

Les textes relatifs au contrôle des pratiques anticoncurrentielles (appelés également « *droit antitrust européen* » en référence au droit américain de la concurrence) sont les articles 101 et 102 TFUE, respectivement sur les ententes et les abus de position dominante.

Selon l’article 101 TFUE : « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d’associations d’entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d’affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour*

---

<sup>14</sup> Selon Defraigne et al. (2017 :245).

<sup>15</sup> Defraigne et al. (2017 : 256 et s.).

*objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, à l'intérieur du marché commun ».*

Les accords d'entreprises ainsi prohibés ne sont pas nécessairement explicites, en effets il peut également s'agir de de comportements coordonnés mais non formalisés explicitement. C'est le cas par exemple lorsque deux concurrents s'entendent sur la détermination du prix.

L'article vise essentiellement les accords horizontaux, autrement dit les accords entre entreprises concurrentes au même niveau de la chaîne de production, ce type d'accords étant considéré comme potentiellement plus néfaste à la concurrence que les accords entre différents niveaux de la chaîne de valeur, ou accords verticaux. Les accords en vue de restreindre la concurrence sont prohibés indépendamment de la réalisation ou pas d'effets dommageables<sup>16</sup>.

L'article 101 contient une liste des comportements et pratiques devant être prohibés.

Cependant, en vue de préserver d'éventuels gains d'efficience statique et dynamique que pourrait engendrer un comportement collusif, le paragraphe 3 du même article prévoit un régime conditionnel d'exceptions. Ainsi, lorsqu'un accord a des retombées économiques positives ou qui favorisent le progrès technique, et ce au profit des consommateurs, cet accord pourrait éventuellement faire l'objet d'une dérogation sur base de l'article 101 §3. A titre d'exemple, des accords horizontaux en R&D dont la part de marché cumulée ne dépasse pas les 25% du marché peuvent faire l'objet d'une telle dérogation<sup>17</sup>.

Les auteurs ajoutent qu'en ce qui concerne les accords verticaux, hormis les ententes sur les prix minimums à la vente « *Resale Price Maintenance* » et sur la protection géographique qui interdit à un distributeur de vendre en dehors d'une certaine zone d'exclusivité, la plupart des accords verticaux en matière de fourniture et de distribution sont autorisés, à moins que l'une des parties ait un pouvoir de marché équivalent à au moins 30% du marché concerné<sup>18</sup>.

Toujours sur base du même paragraphe, des parties peuvent bénéficier d'exemptions individuelles à charge pour ces dernières d'apporter la preuve que les bénéfices issus de l'entente sont supérieurs aux coûts engendrés par les effets anticoncurrentiels<sup>19</sup>.

En cas d'infraction à la loi, un régime de sanctions par amendes, qui ne peuvent pas dépasser 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes des firmes, est prévu<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Defraigne et al. (2017 : 257).

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Règlement (UE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, article 3.

<sup>19</sup> Defraigne et al. (2017 :258).

<sup>20</sup> *Ibid.*

Depuis la réforme de 2004<sup>21</sup>, les entreprises ont la responsabilité de vérifier d'initiative si les accords auxquels elles prennent part sont conformes au droit européen de la concurrence. Les éventuels contrôles et enquête en la matière, sont effectués ex post par la Commission ou par l'autorité nationale compétente, désignée à cet effet dans le cadre du Réseau Européen de la Concurrence<sup>22</sup>.

Selon l'article 102 du TFUE : « *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* »

Le critère pour apprécier si une firme est en position dominante est celui des parts que possède cette firme sur un marché de référence. La jurisprudence européenne a tendance à considérer une possible position dominante à partir de 30% à 40% et avec certitude au-delà de 50%. Une position dominante peut également être collective dans la mesure où diverses parties sont unies par des liens économiques. Selon la Cour de justice de l'UE (CJUE) « *Pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, il faut établir que les entreprises ont ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* »<sup>23</sup>. La Commission européenne est en charge d'apprécier le caractère dominant de l'entreprise sur un marché de référence, et ce sur base du nombre et de la dimension des autres entreprises présentes, ainsi qu'en fonction des conditions d'entrée sur ce marché pour les concurrents potentiels. Cependant, une position dominante peut avoir été acquise par le mérite et n'est donc pas condamnable en soi, ce qui en fait pose problème c'est d'abuser de cette position, notamment en usant de celle-ci pour empêcher la venue de nouveaux acteurs sur le marché<sup>24</sup>.

En cas d'infraction, la loi prévoit également des amendes qui ne peuvent pas dépasser 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes des firmes<sup>25</sup>.

### 3.2 La réglementation européenne sur les aides d'Etat

Selon l'article 107 (1) TFUE : « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

---

<sup>21</sup> Depuis 2004, les autorités nationales en matière de concurrence, au même titre que la Commission, peuvent appliquer les règles antitrust de l'UE en matière d'ententes et d'abus de position dominante.

<sup>22</sup> Defraigne et al. (2017 :258).

<sup>23</sup> Affaires Kali & Salz, CJCE, 31 mars 1998.

<sup>24</sup> Defraigne et al. (2017).

<sup>25</sup> *Ibid.*

La Commission apprécie en mettant en balance les coûts engendrés par les distorsions de concurrence causées par l'aide avec le bénéfice que cette même aide apporte à la communauté<sup>26</sup>.

L'interdiction légale et l'appréciation par l'autorité « *...a pour objectif d'éviter une guerre des subsides entre Etats membres et d'endiguer le lobbying en faveur des champions nationaux, et ainsi d'assurer un 'level playing field' pour les conditions de concurrence non seulement entre les entreprises, mais également entre les Etats membres* »<sup>27</sup>.

Une aide aura toutes les chances d'être considérée comme illicite par la Commission, si en plus d'avoir été extraite des ressources publiques et de procurer un avantage certain à son bénéficiaire, elle cible un bénéficiaire spécifique et affecte la concurrence entre les Etats membres. Parmi ces aides illicites, l'on peut trouver, à titre d'exemples, une aide d'Etat qui se dissimule sous la forme d'une subvention, d'une réduction fiscale (« tax breaks »), d'une aide à la restructuration...mais aussi sous la forme d'une vente d'un terrain public à très bas prix...ou alors d'un avantage fiscal visant à attirer spécifiquement un investisseur étranger...<sup>28</sup>.

Une règle « *de minimis* » précise que « Les aides d'Etat jusqu'à 200 000 euros sur 3 ans ne sont pas considérées comme devant faire l'objet d'une autorisation de la Commission »<sup>29</sup>.

L'article 108 TFUE prévoit des exceptions dans certaines catégories, par exemple en ce qui concerne les aides à l'investissement et à l'emploi en faveur des PME. Ces exceptions permettent aux Etats notamment de bénéficier d'une certaine marge de manœuvre dans l'élaboration de leur politique industrielle sur le plan national<sup>30</sup>.

Depuis 2014, seules les aides supérieures à 150 millions d'euros doivent être préalablement notifiées à la Commission en vue d'être validées. En dessous de ce montant, la Commission, est susceptible d'effectuer un contrôle à posteriori de conformité de ces aides au marché intérieur dans le cadre du régime d'exception. Si l'aide finit par s'avérer illicite, la Commission peut exiger son annulation, voire le remboursement des montants déjà octroyés, elle peut également condamner l'Etat impliqué au paiement d'une amende<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Defraigne et al. (2017).

<sup>27</sup> Defraigne et al. (2017), en citant C. Huveneers.

<sup>28</sup> Defraigne et al. (2017 :264).

<sup>29</sup> Defraigne et al. (2017 :265).

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Defraigne et al. (2017 : 266).

### 3.3 La réglementation sur les fusions (Règlement (CE) no 139/2004)<sup>32</sup>

Lorsque diverses entreprises s'unissent ou que l'une est absorbée par une autre, et ce afin de ne former qu'une seule entité économique, un tel renforcement de position peut avoir pour effet de nuire à la concurrence sur un ou plusieurs marchés. De telles fusions, lorsque leurs effets sont de dimension communautaire, font l'objet d'un contrôle particulier de la Commission<sup>33</sup>.

Une fusion est horizontale, verticale ou en conglomérat. Une fusion en conglomérat est avant tout motivée par la volonté des parties d'améliorer leur situation financière plutôt que par la recherche de cohérence entre leurs diverses activités de production<sup>34</sup>.

Les fusions horizontales font l'objet d'un contrôle particulier de la part de la Commission dans la mesure où elles entraînent une plus grande concentration de parts de marché, pouvant ainsi diminuer la contestabilité des marchés concernés<sup>35</sup>.

*Il s'agit d'« ...éviter que des concentrations, en principe utiles pour les restructurations requises par le marché unique, ne mènent au contraire à des restrictions de concurrence par la création de position dominantes et la segmentation de marchés nationaux, empêchant ainsi la répercussion des baisses espérées de coûts dans les prix »<sup>3637</sup>.*

Le contrôle préalable de la Commission est requis lorsque la concentration revêt une dimension communautaire, dans le cas contraire cela relève des autorités nationales<sup>38</sup>.

La réglementation européenne (Article 1, paragraphe 2 du *Règlement (CE) no 139/2004*) précise les critères à considérer afin de déterminer la dimension communautaire ou pas d'une opération de fusion/acquisition. Parmi ces critères l'on trouve des éléments relatifs au chiffre d'affaire global ainsi qu'à la localisation et à la dimension des activités des entreprises dans des Etats membres de l'Union européenne<sup>39</sup>.

Cependant, la compétence exceptionnelle de la Commission en la matière, par délégation de pouvoir des Etats membres, est tempérée par deux clauses :

La clause dite « *allemande* », selon laquelle un Etat peut demander à être chargé d'un dossier de fusion à dimension communautaire s'il estime que cette fusion peut nuire à la concurrence sur son marché national. La clause dite « *hollandaise* », prévoit qu'un Etat

---

<sup>32</sup> Defraigne et al. (2017 :268).

<sup>33</sup> Defraigne et al. (2017 :268)

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Defraigne et al. (2017 :268)

<sup>36</sup> Defraigne et al., 2017, en citant C. Huveneers.

<sup>37</sup> La condamnation récente, par la Commission, du groupe AB InBev pour abus de position dominante nous donne un exemple de partition de marché, dans ce cas-ci effectuée entre la Belgique et son voisin les Pays Bas. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-2488\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2488_fr.htm)

<sup>38</sup> *Op. cit.*, Defraigne et al.

<sup>39</sup> Defraigne et al. (2017 :269).

membre peut demander l'examen par la Commission d'une demande de fusion de dimension non communautaire mais dont les effets sur la concurrence peuvent être de dimension européenne<sup>40</sup>.

L'article 21, paragraphe 4 du Règlement 139/2004 prévoit également la possibilité pour un Etat d'intervenir afin de prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection d'intérêts relevant notamment de la sécurité publique ou de la sécurité intérieure<sup>41</sup>.

La réglementation européenne considère qu'une fusion ne fait pas obstacle à la concurrence si la part de marché de la nouvelle entité ne dépasse pas 25%<sup>42</sup>. Dans le cas contraire, l'autorité de contrôle (DG concurrence) appréciera d'abord l'importance des barrières à l'entrée générées par la fusion sur le marché concerné. Cette appréciation porte sur l'état de la rentabilité du marché post-fusion pour un nouvel entrant. L'appréciation par l'autorité porte ensuite sur « *les économies d'échelle nécessaires à la survie d'une entreprise sur le marché de référence* ». L'examen portera également sur la mesure dans laquelle les acteurs présents sur le marché peuvent faire face à la fusion et ainsi constituer un contrepouvoir assurant la contestabilité du marché<sup>43</sup>.

### 3.4 Pouvoir juridique et champ d'application du droit européen de la concurrence

Il existe diverses entités juridiques qui relèvent du droit communautaire de la concurrence, c'est le cas notamment des entreprises organisées en société, des industries nationalisées, des associations d'entreprises, des coopératives, des organismes publics qui exercent une activité économique.<sup>44</sup>

Ce droit est d'application dans la mesure où les accords et autres pratiques anticoncurrentielles ont des effets à l'échelle du marché européen en affectant le commerce entre les Etats-Membres. Dans le cas contraire, ces accords relèvent de la compétence des autorités nationales<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Le marché pertinent (« relevant market ») : (l'estimation des parts de marché détenues par une entreprise, passe par la détermination du marché sur lequel la firme opère. Selon la Commission « le marché pertinent, en termes de produits, comprend tous les produits et/ou services considérés comme relativement interchangeables ou substituables par le consommateur, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de leur usage habituel »). Defraigne et al. (2017).

<sup>43</sup> Defraigne et al. (2017 : 270).

<sup>44</sup> Defraigne et al. (2017 : 253).

<sup>45</sup> *Ibid.*

Les entreprises extra européennes sont également susceptibles de se voir appliquer le droit européen si leurs pratiques et/ou les fusions qu'elles entreprennent peuvent influencer le marché européen<sup>46</sup>.

La Commission européenne applique les règles de la concurrence sur plainte d'un Etat membre mais aussi suite à la plainte d'une entreprise ou de citoyens. Elle peut également le faire d'initiative « *ex officio* », la Commission exerce dans ce cas son pouvoir d'application directe, qui ne dépend pas des Etats membres. La Commission a également la faculté exclusive au niveau européen d'autoriser une fusion pouvant affecter le marché intérieur. Les décisions de la Commission peuvent être contestées en premier ressort devant le Tribunal de l'Union européenne, anciennement la Cour européenne de Première Instance (CPI), et en degré d'appel devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>47</sup>.

Depuis 2004, la gestion de l'article 101(TFUE), sur les accords/pratiques collusives entre entreprises, et de l'article 102 (TFUE), sur les abus de position dominante, a été décentralisée vers les Etats membres. Désormais, les cas sont alloués à l'autorité de concurrence la mieux placée, soit une ou des autorités nationales, soit la Commission, en particulier lorsque la pratique ou l'abus concerne au moins trois Etats membres. Dans l'ensemble, les articles du TFUE relatifs aux droits de la concurrence sont assortis de règles de minimis, en termes de chiffre d'affaire, de parts de marché et de pays impliqués. Ces règles confèrent à une affaire une dimension européenne ou nationale<sup>48</sup>.

Sur le plan opérationnel, la mise en réseau de l'autorité européenne de la concurrence avec les autorités nationales de la concurrence (ANC), permet d'assurer la répartition des dossiers en fonction de leurs caractéristiques et de leur importance sur le plan communautaire<sup>49</sup>.

Le Réseau européen de la concurrence « *European Competition Network* »<sup>50</sup>, s'occupe, depuis 2004, de répartir entre les autorités de contrôle toutes les demandes relatives aux articles 101 et 102 du TFUE. Cependant, en tant que cheffe du réseau, la Commission peut décider à tout moment de reprendre une affaire en cours<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p.254.

<sup>47</sup> Defraigne et al. (2017 :254).

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> « *La Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOCE n° C 101 du 27 avril 2004. L'objectif de ce dispositif est d'éviter des procédures parallèles de différentes autorités pouvant aboutir à des conclusions divergentes. En pratique si l'autorité de concurrence nationale saisie reste généralement compétente pour traiter un cas selon son droit national, la Commission est prioritaire si un ou plusieurs accords ou pratiques ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres, lorsqu'un nouveau problème de concurrence se pose, ou simplement pour assurer une application efficace des règles de concurrence* » (Desbrosse, 2010).

<sup>51</sup> Desbrosse, (2010).



## 4 L'autorité et le droit de la concurrence en Belgique

L'autorité belge qui veille au respect de droit de la concurrence est l'Autorité Belge de la Concurrence (ABC). L'ABC est notamment composée d'un service d'instruction (l'Auditorat) et d'un organe de décision (Le Collège de la Concurrence). Un recours devant la Cour d'appel contre les décisions du Collège est possible, ainsi qu'un éventuel pourvoi en cassation.

Une des principales fonctions de l'ABC est le contrôle des concentrations et de dossiers relativement aux articles IV.1 et 2 CDE (Code de Droit Economique) et des articles 101 et 102 du TFUE<sup>52</sup>.

## 5 Relations entre concurrence et innovation

Sur le plan théorique, la relation entre concurrence et innovation est décrite par deux grands courants, qui au premier abord semblent s'opposer.

D'un côté, l'approche de Schumpeter qui lie positivement le degré d'innovation avec le niveau de la concentration des marchés et éventuellement avec la présence de monopoles. Selon ce courant, les entreprises sont d'autant plus innovantes qu'elles sont grandes et ont un fort pouvoir de marché. Les Schumpétériens décrivent donc une relation non linéaire et négative entre compétition et innovation.

En conséquence, plus l'entreprise est grande, plus elle a de facilités pour mobiliser les fonds nécessaires au financement de ses activités en R&D. L'entreprise profite ainsi d'économies d'échelle (efficacités productives) et de meilleures conditions de financement, permettant du même coup une meilleure répartition des risques liés à l'investissement<sup>53</sup>.

Le monopoleur sera d'autant plus enclin à innover qu'il pourra s'approprier les bénéfices de sa découverte sans avoir à les partager avec d'éventuels concurrents<sup>54</sup> (nous développerons plus en détail ultérieurement la notion d'« *appropriabilité* »).

Toujours selon cette approche, le monopole stimule l'innovation tant qu'il ne s'oppose pas à l'arrivée de nouveaux monopoles sur le marché et ce sur base du principe des destructions créatrices<sup>55</sup>.

Donc, selon les théories schumpétériennes du monopole et de l'innovation, en situation de concurrence pure et parfaite, et plus particulièrement d'atomicité des agents, les entreprises n'ont ni la taille ni le pouvoir de marché suffisant pour être en mesure de rassembler les

---

<sup>52</sup> Informations prélevées directement sur le site de l'ABC.

<sup>53</sup> Gunther, (2015).

<sup>54</sup> RBB, Brief 54, (2017).

<sup>55</sup> De Streel et al. (2015).

profits leur permettant d'investir dans la recherche ou dans le développement d'un produit ou d'un processus novateur. De plus, l'entrepreneur qui s'engage dans une stratégie d'innovation a besoin des garanties l'assurant que l'investissement réalisé et les risques encourus seront couverts par l'exploitation commerciale future de sa découverte.

Une efficacité allocative immédiate au sein d'une concurrence parfaite et d'un marché contestable ne doit pas nécessairement être la priorité si celle-ci entrave une efficacité productive qui détermine l'efficacité dynamique future<sup>56</sup>. « ...*les générations futures d'acheteurs devraient à l'avenir bénéficier des produits offrant un meilleur rapport qualité-prix* »<sup>57</sup>.

De l'autre côté, les partisans de la théorie d'Arrow penchent pour une relation non linéaire mais cette fois-ci positive entre la concurrence et l'innovation.

Selon cette approche, les entreprises puissantes n'ont que très peu d'incitations à innover car les résultats ainsi obtenus ne servent qu'à consolider une position déjà fortement établie.

A l'inverse, un plus petit concurrent aura un réel intérêt à mener un effort d'innovation car en cas de succès il pourra gagner des parts de marché sur ses concurrents, éventuellement en se différenciant de ceux-ci, mais aussi en dégagant des économies d'échelle supplémentaires<sup>58</sup>.

L'approche d'Aghion tente quant à elle de concilier les deux grands courants. En effet, Aghion établit entre les deux variables une relation en forme de « U » inversé, selon qu'il y a trop peu ou trop de concurrence sur le marché<sup>59</sup>.

Selon Gunther (2015), les tentatives de conciliations entre les deux approches reposent sur quatre principes :

- La concurrence dans l'innovation (ex. « *patent races* ») encourage l'innovation.
- la concurrence entre rivaux encourage les entreprises à diminuer les coûts, améliorer la qualité, et développer de meilleurs produits.
- Une entreprise aura une motivation supplémentaire à innover si elle est en mesure de décourager ses rivaux potentiels à investir dans la R&D.
- En revanche, une entreprise qui devra faire face à un niveau de concurrence élevé post-innovation sera moins encline à investir dans la R&D.

L'auteur précise également que la relation entre concurrence et innovation dépend aussi de la distance entre le pays, ou le secteur concerné, et la « frontière technologique », c'est-à-

---

<sup>56</sup> Defraigne et al. (2017).

<sup>57</sup> Defraigne et al. (2017), en citant C. Huveneers.

<sup>58</sup> Gunther (2015).

<sup>59</sup> De Streel et al. (2015).

dire le point le plus évolué de la technologie en jeu. Les firmes positionnées sur la frontière ont la possibilité d'échapper à la concurrence en introduisant une technologie nouvelle, alors que les pays et secteurs fortement en retard par rapport à cette frontière, ne seront pas incités à innover en cas d'intensification de la concurrence, dans la mesure où ces derniers ne pourront échapper aux concurrents en imitant une nouvelle technologie déjà présente sur le marché.

Sur base de l'approche de Shapiro, la relation entre concurrence et innovation sur un marché spécifique est basée sur les incitants et la capacité des firmes à s'engager dans l'innovation. Les différents incitants peuvent être classés selon trois principes<sup>60</sup>.

-La « *contestabilité* » : sur un marché dont la possession des parts est fort changeante (marché dynamique), et où les concurrents sont côte à côte, la contestabilité du marché stimule la compétitivité et donc l'innovation entre les concurrents (partie ascendante de la courbe en « U » inversée).

Une firme en avance sur ses concurrents et donc positionnée sur un marché peu contestable, aura tendance à moins investir dans l'innovation.

-L'« *appropriabilité* » : traduit la mesure dans laquelle un innovateur peut profiter de son investissement. Sur des marchés à forte appropriabilité, les concurrents auront tendance à investir plus dans l'innovation afin de pouvoir ainsi échapper à leurs concurrents. Dans le cas où cette appropriabilité serait due à une situation de monopole, l'on se trouve sur la partie descendante de la courbe en « U » inversée, mais l'appropriabilité peut aussi être la conséquence d'une législation performante qui protège la propriété intellectuelle; dans ce cas, une forte concurrence sur le marché peut également être stimulante pour l'innovation (partie ascendante de la courbe).

-Les synergies : les capacités à innover en combinant des actifs et des potentiels complémentaires, en coordonnant et éventuellement en liant certains actifs entre eux...les synergies peuvent stimuler l'innovation sur des marchés où l'innovation revêt un caractère complexe, comme c'est le cas, par exemple, pour les innovations cumulatives sur le marché digital...

La « *contestabilité* » et l'« *appropriabilité* » sont des incitants à innover alors que les synergies contribuent à la capacité d'innover<sup>61</sup>.

La littérature n'apporte pas de réponse tranchée entre les deux approches, Schumpeter et Arrow, mais décrit plutôt, une relation entre les deux variables, en forme de « U » renversé (Comme synthétisée par Aghion). De sorte que le sens de la relation dépend du niveau de concurrence auquel se situe le secteur ou l'industrie concernée. En dessous d'un certain seuil de concurrence, la contestabilité des positions de chaque concurrent incite chacun à

---

<sup>60</sup> Oxera (2017).

<sup>61</sup> De Streel et al. (2015).

innover pour se mettre à l'abri des autres, cette contestabilité facilite également l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché...au-delà d'un certain degré de concurrence, l'innovation décline du fait que, selon l'approche Schumpetérienne, le caractère appropriable de la rente post-innovation n'est plus assurée pour l'investisseur en R&D<sup>62</sup>.

## 6 Fusion et innovation

Quels effets peut avoir une fusion/acquisition d'entreprise(s) sur la concurrence, sur le bien être des consommateurs, sur les investissements et sur l'innovation au niveau européen ? A travers la problématique des fusions d'entreprises se pose à nouveau la question de la concentration des marchés et de ses effets sur les efficacités.

On rappelle que la Commission européenne (Direction Générale de la concurrence) est l'instance qui apprécie l'opportunité ou pas d'une fusion/acquisition d'entreprise(s) à dimension européenne.

### 6.1 Les principales approches théoriques dans l'appréciation des fusions d'entreprises

Le considérant 38 des lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, rappelle le cadre analytique des fusions pour les secteurs innovants<sup>63</sup> :

*« Sur les marchés où l'innovation est un important moteur de la concurrence, une opération de concentration peut accroître la capacité et l'incitation des entreprises à apporter de nouvelles innovations sur le marché et, partant, la pression concurrentielle sur les entreprises rivales pour innover sur ce marché. Inversement, la concurrence effective peut être entravée de manière significative par une concentration entre deux entreprises innovantes importantes, par exemple entre deux entreprises ayant des produits en cours de développement pour un marché de produits spécifique. De même, une entreprise dont la part de marché est relativement faible peut néanmoins constituer un important moteur de la concurrence si ses produits en cours de développement sont prometteurs. »*

Le débat sur les fusions est principalement abordé sous l'angle de deux approches différentes<sup>64</sup> :

D'un côté l'opportunité d'une fusion spécifique est abordée sous l'angle de son caractère potentiellement dommageable. Cette approche est nommée la théorie du dommage (« *The theory of harm* »).

---

<sup>62</sup> Gunther (2015).

<sup>63</sup> Gunther (2015).

<sup>64</sup> Déchamps (2017).

Selon celle-ci, certaines transactions, dont les fusions/acquisitions, peuvent diminuer l'incitation et la capacité à innover des entreprises qui fusionnent, mais également celle des entreprises concurrentes.

Ce peut être le cas lorsque, par exemple, deux entreprises candidates à la fusion développent en parallèle des recherches sur un même type de produit et que, une fois la fusion effectuée, la nouvelle entité n'a plus d'intérêt à investir deux fois pour la même recherche, au vu du risque qu'une innovation ne « *cannibalise* » l'autre innovation ou tout simplement les ventes de produits déjà exploités par l'entité<sup>65</sup>.

Ce peut aussi être le cas lorsqu'une entreprise fusionne avec une autre qui est particulièrement innovante en produits concurrents...

De l'autre côté, une deuxième manière d'aborder l'appréciation d'une fusion est celle des efficiences dynamiques (« *Dynamic efficiencies* »).

Contrairement aux gains d'efficacité statique (efficacité productive et allocative), les gains d'efficacité dynamiques ont tendance à se réaliser et donc à être observables au-delà d'un temps plus long<sup>66</sup>.

Selon cette lecture, une fusion peut amener à plus ou moins long terme des efficiences dynamiques sous forme d'innovations.

*« Dès lors même si une opération de concentration réduit le bien être des acheteurs contemporains, dont le pouvoir d'achat est réduit par la hausse du prix des produits en cause, les générations futures d'acheteurs devraient à l'avenir bénéficier de produits offrant un meilleur rapport qualité-prix. »*<sup>67</sup>

Les effets d'une fusion sur l'innovation peuvent être neutres, positifs ou négatifs. La diversité des caractéristiques relatives au(x) marché(s) concerné(s) et aux entreprises impliquées... rendent donc les effets d'une fusion difficiles à prédire ex ante<sup>68</sup>.

Afin d'illustrer son point de vue De Coninck (2016) se réfère également au considérant 38 – cité plus haut- des lignes directrices de la Commission sur les fusions horizontales<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Récemment la Commission a statué sur base d'une interprétation « *étendue* » de cette théorie : dans cette affaire ont été considérés les effets possibles de la fusion non seulement sur les investissements en cours, relatifs à des produits en cours de conception, mais également les effets possibles sur d'hypothétiques recherches et découvertes futures. (Nous développerons plus en profondeur lorsque nous aborderons la jurisprudence de la Commission relative à la fusion Dow/DuPont).

<sup>66</sup> Defraigne et al. (2017 :249).

<sup>67</sup> Defraigne et al. (2017 :246), en citant C. Huveneers.

<sup>68</sup> Gunther, 2015 ; De Coninck, 2016.

<sup>69</sup> "A merger may increase the firms' ability and incentive to bring new innovations to the market and, thereby, the competitive pressure on rivals to innovate in that market", alternatively "effective competition maybe significantly impeded by a merger between two important innovators, for instance between two companies with 'pipeline' products related to a specific product market."

L'auteur ajoute que sur base de la littérature empirique, la relation positive entre concentrations et certains effets statiques et unilatéraux, comme une augmentation des prix, est plus directe et visible que la relation avec l'innovation.

Il ajoute également qu'au-delà du cas par cas, la relation peut également avoir des spécificités selon l'industrie concernée. L'auteur cite en guise d'exemple celui de l'industrie pharmaceutique où la relation entre fusion et innovation peut être positive selon certaines circonstances (ex : le cas où les deux firmes possèdent des actifs complémentaires).

Selon Jullien et al. (2018) la relation entretenue entre une fusion et le degré d'innovation dépend des interactions et de la résultante de trois effets pouvant individuellement évoluer en sens opposés. A ces trois effets viennent également s'ajouter des effets liés au « *Technological spillovers* » et aux complémentarités des firmes, en matière de compétences liées à la R&D.

Les trois effets mis en avant par les auteurs sont le « *Innovation Diversion Effect* » (IDE), le « *Demand Expansion Effect* » (DEE) et le « *Margin Expansion Effect* » (MEE).

L'IDE désigne les effets, ceteris paribus, d'une fusion et de l'internalisation des « *Sale Externalities* » (SE) qui s'en suit, sur les activités en R&D (ou incitations à innover) de la nouvelle entité.

Afin d'éviter la cannibalisation entre deux produits innovants mais relativement substituables, la firme qui résulte d'une fusion peut en effet envisager de ne laisser en fonction qu'une seule unité de R&D ou alors de diminuer les investissements conjointement dans toutes les unités R&D. Dans ces cas l'IDE serait positif (diminution des activités innovantes).

Une autre possibilité pour la nouvelle entité, serait d'imaginer un repositionnement en vue d'une différenciation entre les innovations. Dans ce cas les SE pourraient être nulles, voire même se traduire par une augmentation des ventes de tous les candidats à la fusion. Ce qui pourrait en conséquence diminuer l'IDE (augmentation des activités d'innovation).

Selon les auteurs, une différenciation par le prix (différenciation verticale) peut avoir le même effet sur les SE qu'un repositionnement (différenciation horizontale), et ce en s'adressant via des prix différents à des cibles différentes de telle sorte que tant la compétition en prix que les SE peuvent être limitées.

Le signe de l'IDE dépend donc du type d'innovations engagées, la différenciation ayant pour effet de diminuer, voire supprimer la « cannibalisation » au sein de la fusion, ce qui représente un incitant pour l'innovation.

Donc, le repositionnement ainsi qu'une adaptation des prix peut entraîner une diminution du phénomène de cannibalisation et augmenter ainsi l'appropriabilité des profits liés à l'innovation.

Le deuxième effet en jeu est le DEE : « *Higher post-merger margins raise incentives to invest in demand-enhancing innovation* »

Dans la mesure où une innovation incrémentale affecte le niveau de la demande (augmentation) mais pas la marge qui en résulte, l'élasticité prix de la demande étant liée à l'intensité de la concurrence, une fusion induisant une augmentation de prix (par diminution de la concurrence), et donc de la marge, a pour effet de stimuler les investissements en innovations qui visent à augmenter la demande puisque l'entreprise innovante tirera davantage de bénéfices de la demande accrue.

Le troisième effet est le MEE : « Lower post-merger output reduce incentives to invest in margin-enhancing innovation ».

Il s'agit du cas où l'innovation affecte essentiellement la marge, que ce soit dans le scénario de fusion ou en l'absence de fusion. Dans ce cas, l'innovation est essentiellement motivée par la volonté d'étendre la marge plutôt que par l'accroissement de la demande (innovations de processus). En supposant donc que l'innovation n'affecte pas le volume des ventes, et dans le cas où, suite à la fusion, la diminution de la concurrence entraîne une augmentation des prix et de la marge, et une diminution des quantités vendues, la nouvelle entité investira en conséquence moins dans les innovations de processus, qui visent à augmenter sa marge, cet effet recherché étant obtenu via la fusion.

Cependant si la fusion entraîne des gains d'efficacité diminuant les coûts de productions, la firme pourra envisager de diminuer ses prix et ainsi augmenter ses ventes (output) par rapport à la situation antérieure à la fusion et en conséquence augmenter ses investissements destinés à innover pour augmenter sa marge. Donc des gains d'efficacité capables de contrebalancer les effets de la fusion sur les prix (augmentation), pourraient ainsi également contrebalancer les effets négatifs de la fusion sur les innovations de processus (MEE).

Selon les auteurs, la présence de gains d'efficacité productive peut donc avoir pour effet de stimuler l'innovation en processus et donc d'inverser les effets négatifs du MEE.

A ces trois effets, le IDE dont l'effet sur l'innovation dépend du type d'innovation engagée, le DEE, dont l'effet sur l'innovation est positif, et le MEE ayant en principe un effet négatif sur l'innovation, viennent également s'ajouter des effets de débordement des connaissances techniques (« technological spillovers ») et des effets de complémentarités des compétences et des savoirs (« R&D complementarities ») pouvant également agir positivement sur l'innovation suite à une fusion, et ce tant sur la nouvelle entité que sur l'environnement concurrentiel.

Selon les auteurs, la mise en balance de ces effets potentiels sur l'innovation est à apprécier au cas par cas lorsqu'il s'agit d'évaluer l'opportunité d'une fusion.

Déchamps et Fanton (2018) appliquent la relation en «  $u$  » inversé (v. supra) entre l'innovation et la concurrence, au phénomène de concentration lié aux fusions d'entreprises. Dans la partie ascendante de la courbe, dont l'abscisse mentionne non pas le degré de concurrence mais celui de la concentration, le marché est peu concentré et donc un accroissement de concentration entraîne une augmentation de l'innovation, augmentation due à la prévalence de l'attrait exercé par la rente post-innovation (vision Schumpétérienne) sur la perte de pression concurrentielle (vision d'Arrow). Au-delà d'un certain seuil de

concentration du marché, ce dernier tendant à devenir statique, l'inversion de la relation est due à la dominance de l'effet lié à la diminution de pression concurrentielle sur l'effet lié à l'attrait d'une rente post-innovation.

Dans leur article, les auteurs se réfèrent à une étude empirique réalisée dans l'industrie de la téléphonie mobile<sup>70</sup>, cette étude relève une relation positive entre les concentrations et l'innovation (mesurée en termes d'investissement en capital), mais elle relève aussi qu'au-delà d'un certain seuil de concentration, les prix augmentent et la variation agrégée des investissements dans l'industrie est nulle.

Les auteurs mettent également en avant une étude réalisée par Motta et Tarantino selon laquelle les fusions n'influencent pas positivement les investissements à moins que les perspectives de profit ne contrebalancent les effets négatifs sur les prix.

## 6.2 Les innovations disruptives et la problématique des fusions<sup>71</sup>

Une innovation est dite disruptive (Disruptive Innovation) lorsqu'elle rencontre le niveau minimum des exigences de base d'un réseau de valeur déjà existant et offre également une valeur supplémentaire située en dehors du réseau de valeur déjà existant. Il en résulte un nouveau marché attirant progressivement les consommateurs du marché avec lequel l'innovation disruptive a interagi au point de finir par prendre l'avantage. A titre d'exemples, les compagnies de voyage low-cost qui ont fini par donner naissance à un marché à part entière, mais aussi la technologie du streaming qui grignote progressivement des parts de marché au DVD et au Blu-ray, alors que ces derniers, malgré le grand nombre d'innovations incrémentales dont ils ont fait l'objet, sont devenus des niches.

Ce type d'innovation se distingue d'une « Sustaining innovation », dans la mesure où cette dernière se situe dans un réseau de valeur déjà existant tout en procurant aux consommateurs quelque chose de plus ou quelque chose de meilleur relativement à des attributs déjà valorisés.

A distinguer également de la classification « incrémental/breakthrough » qui se réfère aux processus technologiques en œuvre.

Afin de protéger leur marché et la position qu'elles y occupent, les firmes déjà existantes n'ont pas intérêt à ce qu'une innovation disruptive se développe à leur dépend. Ainsi certaines de ces entreprises peuvent être tentées d'empêcher ou de freiner un « disrupteur » potentiel, soit en privant ce dernier d'un point d'encrage lui permettant d'interférer avec le réseau de valeur déjà existant (par exemple en lui refusant la licence d'un Brevet Essentiel à la Norme, « *Standard Essential Patent* », en abrégé SEP) soit en tentant d'acquérir le « disrupteur » dans l'intention de neutraliser son invention une fois l'acquisition effectuée.

---

<sup>70</sup> Valetti et Verboven (2016).

<sup>71</sup> De Streel et al. (2015).



Selon De Streel et al. (2015), il n'est pas nécessaire de choisir entre les théories de Schumpeter, d'Arrow et d'Aghion pour convenir que les autorités de contrôle de la concurrence doivent protéger le processus d'innovation en gardant le marché accessible aux innovateurs potentiels.

Ce point de vue nous semble tout à fait compatible avec l'idée Schumpetérienne de « destructions créatrices », dans la mesure où l'innovation disruptive peut provoquer une obsolescence profitable à tous et synonyme de nouvelles compétences...

Selon les auteurs, l'évaluation des pratiques pouvant porter atteinte aux processus d'innovation (disruptive) demande de passer du référent des efficacies statiques et des évolutions de prix vers celui des efficacités dynamiques. Ce passage répond notamment au fait que les innovations disruptives ne peuvent être appréciées sur base des marchés et des pouvoirs de marché qui existent déjà. En effet, par définition ce type d'innovation crée de nouveaux marchés et est également susceptible d'entraîner un passage du pouvoir de marché vers un nouvel acteur.

L'appréciation, sous l'angle de la théorie du dommage, d'une situation pouvant porter atteinte à une innovation disruptive demande donc une approche différente. L'enjeu ici n'est pas de supplanter un concurrent présent sur un marché déjà existant, mais de le supplanter dans un marché pertinent redéfini.

L'appréciation devra donc tenir compte du fait qu'au moins une des parties impliquées occupe une place dominante dans un marché existant et a donc beaucoup à perdre à cause d'une innovation disruptive. Face à une firme potentiellement disruptive, le but d'un acteur implanté n'est pas d'affaiblir la position de marché de son adversaire, ou de lui prendre ses parts, ou d'augmenter ses coûts, mais de l'empêcher de redéfinir le marché pertinent en changeant le réseau de valeurs. Parmi les diverses stratégies qui visent à neutraliser un acteur potentiellement disruptif, une fusion/acquisition qui dissimule ce dessein est une possibilité. La différence importante entre les flux engagés par le « disrupteur » potentiel et les moyens mis en œuvre par la partie dominante afin d'entraver le développement de la petite firme peut être un bon indicateur d'une telle manœuvre. Ce qui peut se traduire dans le cadre d'une fusion par un prix d'achat trop élevé par rapport au chiffre d'affaires de la petite entreprise.

Toujours selon les auteurs, le contrôle dans le cadre d'une telle fusion pose deux difficultés principales : premièrement, la démarche de fusion survient au moment où le potentiel « disrupteur » est encore trop petit pour que la fusion doive être notifiée à l'autorité de contrôle ; deuxièmement, il n'est pas aisé de prédire si une telle acquisition diminuera effectivement le bien être du consommateur.

En ce qui concerne le seuil de notification d'une fusion, malgré un chiffre d'affaires souvent faible, la firme potentiellement disruptive est achetée à un prix très élevé par la firme dominante, ce qui peut, comme nous l'avons déjà dit, être un indice de la volonté

d'empêcher le processus d'innovation (Killer acquisition). Afin d'adapter la réglementation à cette difficulté, la Monopolkommission allemande a proposé qu'au critère de notification basé sur un seuil de chiffre d'affaires soit ajouté un deuxième critère basé sur la différence entre la valeur de la transaction et celle du chiffre d'affaires, l'ampleur de cette différence pouvant être symptomatique d'une manœuvre.

L'évaluation du bien-être du consommateur dans le cadre d'une fusion qui peut impliquer une innovation disruptive doit, toujours selon l'auteur, déterminer en priorité si une firme potentiellement disruptive est impliquée, ensuite l'évaluation doit porter sur les éventuelles conséquences de l'acquisition sur l'innovation.

La première question demande de récolter des informations sur le potentiel « disrupteur », relatives à son identité, à son histoire, à son mode de fonctionnement, à ses offres de produits, le but est de déterminer si cette firme est de type "Maverik" <sup>72</sup>.

En ce qui concerne la deuxième question, certains auteurs proposent un test « Downward Innovation Pressure » (DIP) estimant la probabilité d'innovation post-fusion en considérant les effets de cannibalisation liés à la fusion <sup>73</sup>.

### 6.3 Le contrôle des fusions d'entreprises

*"Identifying future competitors for a known product strikes us as generally pretty hard, especially as the time period lengthens. Identifying future competitors for an unknown product is likely to be an order of magnitude more difficult."* <sup>74</sup>

Dans le contrôle des fusions la Commission a pour souci, outre de prévenir une hausse des prix, une diminution des quantités, ou l'avènement de marchés non contestables, celui de protéger l'innovation. De Coninck (2016) à ce sujet fait référence à un extrait issu des lignes directrices de la Commission relatives aux fusions horizontales : « *Effective competition brings benefits to consumers, such as low prices, high quality products, a wide selection of goods and services, and innovation* ».

Au travers du contrôle des fusions, la Commission se soucie donc de préserver une concurrence stimulant tant le bien être du consommateur que le développement de l'innovation.

---

<sup>72</sup> The EU 2004 Horizontal Merger Guidelines states at para 42 that: "A 'maverick' firm (...) has a history of preventing or disrupting coordination, for example by failing to follow price increases by its competitors, or has characteristics that gives it an incentive to favour different strategic choices than its coordinating competitors would prefer". (De Streel et al., 2015).

<sup>73</sup> (De Streel et al., 2015)

<sup>74</sup> Dennis W. Carlton and Robert H. Gertner, "Intellectual Property, Antitrust, and Strategic Behaviour", in *Innovation and the Economy*, Vol. 3 (2003), p. 29 (Adam B. Jaffe, Josh Lerner and Scott Stern eds), The MIT Press

#### 6.4 Le contrôle des fusions sur des marchés dynamiques

Dans une décision du 11 décembre 2013, le Tribunal de l'UE donne un aperçu de la problématique de l'innovation sur un marché dynamique : « *Le secteur des communications résidentielles est un secteur récent en pleine expansion qui se caractérise par des cycles d'innovation courts et dans lequel de grandes parts de marché peuvent s'avérer éphémères. Dans un tel contexte dynamique, les parts de marché élevées ne sont pas nécessairement indicatives d'un pouvoir de marché et, partant, du préjudice durable à la concurrence...* »<sup>75</sup>

Comment tenir compte du caractère dynamique d'un marché afin d'évaluer au mieux la pertinence d'une fusion d'entreprises ?

Contrairement à des marchés à tendances statiques, les marchés dynamiques changent, évoluent, s'adaptent en permanence à travers le temps, les compétences, la distribution des parts de marché, le nombre et l'identité des compétiteurs, les produits, les frontières technologiques, les écarts... toutes ces caractéristiques du marché ont donc tendance à être instables et à varier fortement à travers le temps.

Selon Gunther (2015), qui décrit un marché spécifique, « *Le marché...est caractérisé par le rythme rapide de l'innovation, qui permet l'émergence d'une nouvelle génération de consoles tous les 4 à 5 ans. Les positions acquises... n'apparaissent pas déterminantes pour l'évolution ultérieure du marché, les cartes étant rebattues à chaque nouvelle génération. Les parts de marché peuvent varier fortement dans le temps et, en particulier, une position dominante acquise sur une génération de consoles peut être remise en cause à la suivante.* »

Selon Déchamps (2017), s'assurer qu'une fusion n'endommage pas la concurrence en prix/qualité pour les produits courants et à venir implique dans un marché dynamique de préserver le potentiel d'innovation du marché quel que soit l'acteur du marché qui l'apportera.

Cependant, comme nous l'ont montré De Streel et al. (2015), certains projets de fusions pouvant entraver l'innovation future ne sont pas nécessairement portés à l'attention de la Commission du fait que le chiffre d'affaire de l'entreprise faisant l'objet d'une acquisition ne dépasse pas le seuil minimum de notification préalable à l'évaluation de la Commission.

Selon Déchamps (2017) et De Streel et al. (2015), la Commission considère la possibilité d'évaluer certains projets de fusion sur base d'un certain montant de la valeur de transaction, du fait que dans certains cas, ce critère reflète mieux le potentiel économique des parties à la fusion ou acquisition. Cependant un prix d'achat élevé basé sur la valeur de l'action peut également être le reflet d'activités spéculatives de la part des marchés financiers.

---

<sup>75</sup> Gunther (2015).

Ainsi, selon les auteurs, lorsqu'une des parties à la fusion (ou acquisition) pourrait être une firme potentiellement innovatrice, notamment sur le plan disruptif, la Commission ne peut se contenter d'une appréciation basée uniquement sur la situation du marché prévalent en l'absence de fusion (contrefactuel) avec éventuellement la prise en compte de certains changements pouvant raisonnablement être prévus (ex : nombre d'entrées et de sorties du marché). L'aspect dynamique du marché sur lequel évolue une firme potentiellement disruptive ou sur lequel a lieu une fusion entraînant une forte concentration de parts de marché, demande aussi la prise en considération d'éléments prédictifs. Une des difficultés dans ce cas étant de trouver le bon indicateur.

Déchamps (2017) relève que la plupart des outils disponibles permettant d'évaluer les diverses issues possibles d'une fusion sur un marché sont des outils statiques et centrés sur les changements de prix. L'autorité évalue dans ces cas l'intensité de la concurrence et la proximité entre les concurrents (notamment via des sondages auprès des consommateurs, via aussi des ratios de diversion prédisant les déplacements de la demande en cas de changement de prix par l'un des concurrents...), l'autorité évalue également les effets possibles d'une fusion en se basant sur des données historiques des prix, des préférences des consommateurs et des coûts (UPP, GUPPI<sup>76</sup>, simulation de fusion...).

La difficulté prédictive va croissante lorsqu'il s'agit d'évaluer les effets d'une fusion sur la qualité des produits, le repositionnement du produit, les nouveaux produits et les innovations.

Selon Déchamps (2017) ainsi que selon Jullien et al. (2018), les efficiences dynamiques, contrairement aux efficiences statiques, sont souvent stimulées par des synergies qui permettent aux firmes d'améliorer leurs performances sur une base continue (Diffusion et partage de savoir et de savoir-faire, utilisation plus efficiente d'un droit de propriété intellectuelles (DPI), accroissement de la R&D, accroissement des investissements...) Vu sous cet angle, les fusions pourraient permettre de développer de nouveaux produits, ou de réduire les coûts en combinant des actifs et expertises plus difficilement transférables entre des compagnies séparées.

Déchamps et Fanton (2018) soulignent que généralement, l'approche basée sur les efficiences dynamiques est d'autant plus mise en avant lorsqu'il s'agit d'évaluer une fusion d'entreprises présentes sur des marchés dynamiques. Cependant, les auteurs font également l'hypothèse qu'une augmentation des concentrations sur de tels marchés peut amener à un renforcement de la mise en œuvre des lois antitrust. Un tel renforcement

---

<sup>76</sup> UPP/GUPPI : il s'agit de tests quantitatifs qui analysent les effets d'une fusion horizontale tout en prenant en compte le degré de substituabilité des produits...ce qui permet de mieux évaluer les effets unilatéraux de la fusion.

<https://fr.scribd.com/doc/181710644/Test-UPP-Test-GUPPI-Revue-Lamy-Concurrence-37>

pourrait, par exemple, à l'avenir se traduire par une augmentation des condamnations pour abus de position dominante<sup>77</sup>.

## 6.5 La jurisprudence européenne dans le cadre des fusions/acquisitions

*« La prise en compte du facteur (innovation) dans les concentrations est compliquée par le caractère prospectif de cette analyse, particulièrement complexe sur des marchés dynamiques et innovants... »<sup>78</sup>*

### 6.5.1 Décisions de la Commission, refus/acceptation sous conditions.

#### 6.5.1.1 GSK/Novartis fusion horizontale (2015)

Selon *De Coninck (2016)*, en tenant compte de l'existence de dépenses en R&D relatives à des produits dans le « pipeline » à un stade très précoce de leur développement, la Commission est allée au-delà de ses habitudes lors de l'appréciation de la fusion GSK/Novartis. Jusqu'à alors, la DG concurrence n'avait considéré que les pipelines en phase 3 (la phase la plus avancée avant la commercialisation pour les produits pharmaceutiques), alors que dans l'examen du projet de fusion GSK/Novartis, la Commission a demandé aux parties des informations relatives à leurs produits en phase 1 et 2, justifiant sa requête en se disant préoccupée du fait que la fusion pourrait stopper les recherches de Novartis relatives à certains traitements spécifiques et importants.

Les deux préoccupations centrales de la Commission dans le cadre de cette fusion étaient premièrement, le fait que le nombre de firmes qui développent et commercialisent des médicaments spécifiquement nommés et consacrés au traitement du cancer de la peau, passe de trois à deux. Deuxièmement, la possibilité que la fusion ait pour effet de réduire l'innovation suite à l'abandon par Novartis de certaines recherches.

En addition à l'impact sur les traitements du cancer de la peau, la Commission considéra également le fait que la transaction aurait pu avoir un impact négatif sur le traitement d'autres formes de cancer pour lesquelles la firme effectuait déjà des recherches quoique à un stade moins avancé.

En vue de préserver l'innovation, la Commission autorisa la fusion à la condition que Novartis cède ses activités de recherches dans les domaines risquant d'être mis de côté par suite de la fusion. Pour la Commission, il s'agissait d'éviter qu'après la transaction il y ait eu moins de traitements sur le marché comparé à un scénario contrefactuel (sans la fusion).

---

<sup>77</sup> Ce dont des groupes comme Alphabet et Microsoft, ont déjà fait les frais.

<sup>78</sup> Gunther (2015).

Par souci de préserver les efficiences dynamiques conjointement aux efficiences allocatives, et ce dans des domaines pharmaceutiques précis, la Commission précisa en statuant sur la fusion Pfizer/Hospira: *“This is not just about keeping prices low for patients and healthcare services. We have also made sure that the merger of Pfizer /Hospira does not stand in the way of the research and development of medication that could have huge benefits for society”*<sup>79</sup>.

#### 6.5.1.2 GE/Alstom (2015) : fusion horizontale<sup>80</sup>

Lors de l'examen du projet de fusion, les analyses quantitatives révélèrent qu'en fait GE et Alstom étaient deux concurrents très proches qui exerçaient mutuellement une forte pression l'un sur l'autre. L'examen révéla sur un plan statique que les marges et les prix pratiqués par GE dans ses offres de marché public étaient plus élevés dans les cas où Alstom n'était pas présent dans le marché.

La Commission considéra également que la fusion des deux firmes pourrait interrompre certaines technologies d'Alstom, réduisant ainsi le choix du consommateur.

La Commission estima également, vu les données dont elle disposait, que les gains d'efficiences mis en avant par les parties en vue de justifier leur projet de fusion, seraient insuffisants pour compenser les dommages causés au consommateur (prix, choix, innovation).

Les parties candidates à la fusion argumentèrent que l'effet potentiel sur le prix serait limité aux offres, dans le cadre d'une enchère de Vickrey<sup>81</sup>, enchères lors desquelles les deux parties seraient première et deuxième mais seraient également limitées par la présence sur le marché d'une troisième partie potentiellement crédible.

Argument auquel la Commission répondit par le fait qu'en cas de fusion des deux parties, l'offre d'un troisième concurrent aux enchères deviendrait la deuxième (habituellement celle de Siemens) et que par le passé Siemens a eu tendance à proposer des prix qui permettraient aux parties à la fusion d'augmenter leurs marges en obtenant la première place (Le prix le plus bas proposé l'emporte mais c'est le prix proposé par le deuxième au classement qui sera payé).

---

<sup>79</sup>Press Release: IP/15/3841 (GSK/Novartis).

European Commission press release, 4 August 2015 ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5470\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5470_en.htm)). (Pfizer/Hospira).

<sup>80</sup> Claici et al. (2016).

<sup>81</sup> Une enchère de Vickrey ou enchère au second prix est un type d'enchère à plis fermés où le lot est attribué au plus offrant (au moins disant dans le cas d'un marché public) mais au prix donné par le deuxième plus offrant (moins disant). Elles portent le nom de William Vickrey, qui a démontré que ce type d'enchères incite les enchérisseurs à parier sur la valeur réelle qu'ils attribuent au lot.

E. Toulemonde, Syllabus d'économie industrielle, EFASB555, Faseg.

La Commission ajouta également que dans le cas où, comme elle le supposait, suite à la fusion, certains produits de Alstom seraient retirés du marché, l'effet anti-concurrentiel s'étendrait sur toutes les offres de ces produits qui auraient pu être classées premières ou deuxièmes lors de l'enchère. Le nombre de fois où, par le passé, les produits d'Alstom ont été seconds au classement d'offres, constitua un bon indicateur du dommage à la concurrence que pouvait occasionner la fusion.

La Commission conclut donc que l'acquisition d'Alstom par GE pourrait avoir un effet dommageable pour la concurrence, et ce tout particulièrement pour un type de produit bien déterminé (The Large and Very Large HDGT)<sup>82</sup>.

La décision autorisa la fusion moyennant la cession, à des concurrents moins importants, des produits posant problème et des technologies qui leur sont associées.

Selon Claici et al. (2016), en procédant de la sorte, la Commission chercha à reproduire le rôle qu'occupait Alstom sur le marché alors qu'elle agissait en tant que firme indépendante, et ce en maintenant la concurrence à court et moyen terme (prix et variété) et à long terme (en termes de capacité et d'incitant pour les parties de mettre à jour leurs produits et d'investir en R&D).

#### 6.5.1.3 Dow/Du Pont (Théorie élargie du dommage)

Dans l'affaire Dow/Du Pont<sup>83</sup>, la Commission fut saisie d'une demande de vérification de régularité d'un projet de fusion entre deux groupes d'agrochimie, Dow Chemicals et Du Pont. La Commission donna son accord moyennant le désinvestissement par Du Pont d'une partie importante de ses activités liées aux pesticides.

La Commissaire européenne à la concurrence, Margrethe Vestager déclara au sujet du dossier : *"Our decision today ensures that the merger between Dow and DuPont does not reduce price competition for existing pesticides or innovation for safer and better products in the future...the commitments reached in this case are not indicative for the other proposed mergers in the agrochemical industry... although the other deals are in the same sector, they show different problems and raise different concerns."*<sup>84</sup>

Selon certains observateurs<sup>85</sup>, la Commission fonda sa décision sur base d'une conception élargie de la théorie du Dommage, du fait que la décision fonde son argumentation sur les effets potentiellement néfastes que la fusion pourrait avoir sur le terrain de *"l'Innovation spaces"*, cette notion se référant au fait que les deux firmes investiguent dans des domaines

---

<sup>82</sup> Claici et al. (2016).

<sup>83</sup> [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932\\_13668\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf)

<sup>84</sup> Commission Européenne : [Press Release: IP/17/772](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf)

<sup>85</sup> <https://www.rbbecon.com/downloads/2017/07/RBB-Brief-54.pdf>

RBB Brief 54. An innovative leap into the theoretical abyss: Dow/DuPont and the Commission's novel theory of harm. July 2017.

semblables du secteur de l'agrochimie sans pour autant en être forcément arrivées au stade de la découverte de produits pipeline.

Selon Bill Batchelor<sup>86</sup>, l'approche via "*innovation spaces*" est sans précédent, dans la mesure où l'autorité européenne de la concurrence avait jusqu'alors uniquement pris en compte les situations où un produit pipeline existait déjà et était arrivé en phase expérimentale du processus d'élaboration, produit pipeline uniquement possédé par les firmes candidates à la fusion.

Batchelor ajouta également que les « *Innovation spaces* » sont différents des produits pipeline parce qu'il n'y existe pas de produit connu et qu'ils posent au contraire la question de savoir si la firme pourrait en découvrir un dans le futur.

La Commission argumenta également sa décision par le fait que les précédentes fusions dans le secteur avaient mené au sein de ce dernier à une réduction des dépenses en R&D (en % des ventes).

La Commission constata également qu'un nombre restreint d'actionnaires (17 gros actionnaires) possédait des parts importantes dans les 5 compagnies qui représentent le secteur, et que, sur cette base, les actionnaires n'ont pas intérêt à ce qu'une concurrence en prix ou en innovation s'intensifie au risque de dévaluer leur portefeuille<sup>87</sup>.

L'article de RBB ajoute que la Commission redoutait également que, étant donné les spécificités liées au secteur, au sein duquel la concurrence est un moteur important de l'innovation, la fusion ne décourage l'innovation à cause du risque pour la nouvelle entité de « *cannibaliser* »<sup>88</sup> ses propres produits. Ce à quoi rétorquèrent les parties candidates en argumentant que la cannibalisation ne pouvait exister outre mesure du fait que la biorésistance croissante aux protections des cultures ne pouvait que pousser à rechercher de nouveaux produits et qu'une réglementation de plus en plus exigeante en matière de toxicité des produits poussait également dans la même direction.

---

<sup>86</sup> Bill Batchelor, partenaire de Baker McKenzie

(Interview de Batchelor) <https://globalcompliancenews.com/antitrust-competition-interviews/>

<sup>87</sup> <https://www.rbbecon.com/downloads/2017/07/RBB-Brief-54.pdf>

RBB Brief 54. An innovative leap into the theoretical abyss: Dow/DuPont and the Commission's novel theory of harm. July 2017.

<sup>88</sup> "...Suppose now that the incumbent acquires the innovator before R&D takes place. Endowed with the innovating R&D technology, the incumbent will account not only for the sales of the new product but also for the lost sales on the old product when evaluating the gain from a successful investment. Hence, the incumbent would invest less when owning the innovating than an independent innovator..."

"A simple example can be used to illustrate the logic behind the cannibalization concern. Suppose that firm A is contemplating an R&D investment of €50 in a new product that would deliver sales of €100. €20 of these sales would come from cannibalizing firm A's own existing products, €40 would take place at the expense of firm B and €40 at the expense of firm C. Once the R&D cost (€50) and cannibalization of its existing products (€20) are taken into account, firm A would find it profitable to undertake the investment since it would deliver a profit of €30 (= €100 - €50 - €20). Following a merger between firms A and B, however, the decision would be different. The new product would still deliver sales of €100, but it would now cannibalize €60 of its own products (€20 from firm A and €40 from firm B). Due to this higher level of cannibalization, the merged entity would no longer have an incentive to proceed with the R&D investment since it would obtain a negative profit (€100 - €50 - €60 = - €10)." Jullien et al. (2018).



La Commission ajouta également que la forte appropriabilité<sup>89</sup> liée aux caractéristiques du secteur (des brevets de bonne qualité, fortement protégés) aurait pour effet de réduire l'innovation à cause du fait que la fusion prend place dans un marché au nombre de concurrents déjà réduit.

Les réactions à la décision de la Commission<sup>90</sup> :

Selon RBB (Brief 54), l'évaluation de l'impact d'une fusion sur les investissements en R&D demande une mise en perspective complexe des facteurs susceptibles d'influencer l'intention d'innover, plus particulièrement la cannibalisation et l'appropriabilité. Le fait que ces facteurs peuvent exercer une influence opposée sur les incitations à innover implique que l'on ne peut présumer qu'un effet domine sur l'autre.

Selon l'article de RBB, sur le plan de la cannibalisation, la ligne de raisonnement de la Commission peut se résumer ainsi : avant la fusion, chaque partie a un incitant à engager des dépenses en R&D en vue de développer de nouveaux produits qui, s'ils sont portés sur le marché, devraient entrer en concurrence avec les produits des concurrents (en ce inclus les produits des autres parties à la fusion). Après la fusion, les nouvelles entités devraient être moins enclines à procéder de la sorte, du fait que les produits qui résultent d'une innovation d'une des parties à la fusion pourraient cannibaliser les profits des autres parties à la fusion. Donc, une fois que cet effet de « *diversion des ventes* » (voir supra) est internalisé par la fusion, les incitations à innover s'en trouvent réduites du fait des risques de cannibalisation.

RBB ajoute que le risque de cannibalisation ne capture cependant qu'une partie des conséquences possibles d'une fusion horizontale sur les efficacités dynamiques. Une réduction du nombre des compétiteurs dans une industrie déterminée peut avoir une influence positive dans l'incitation à investir en R&D dans la mesure où cette situation peut renforcer l'appropriabilité des innovations et de leurs fruits.

A l'argumentation qui dit que si la mesure dans laquelle une firme peut récolter les bénéfices générés par ses efforts d'innovation est positivement liée à la bonne qualité de protection des droits intellectuels, la recherche d'innovation est aussi liée au fait que les concurrents sont également en train d'innover, ou du moins sont perçus comme tels.

RBB répond que l'incitation à innover sera d'autant moins forte que l'innovateur anticipera le fait qu'il aura à partager les ventes avec les autres concurrents innovants. Sur base de ce dernier élément donc, une fusion ayant pour effet de réduire le nombre de concurrents aura également un effet positif sur l'incitation à innover (Argument Schumpétérien).

RBB ajoute également que malgré la reconnaissance par la Commission du fait que la question de signe de la relation entre l'état de concentration d'un marché et son efficacité dynamique n'est pas tranchée (relation qui selon Aghion peut avoir la forme d'un « U » renversé. V. supra), la Commission en est cependant arrivée à déclarer que: « As long as competition policy promotes contestability (i.e. by keeping markets competitive) and does

---

<sup>89</sup> La mesure selon laquelle une firme peut maximiser les profits qui résultent de ses efforts d'innovation.

<sup>90</sup> <https://www.rbbecon.com/downloads/2017/07/RBB-Brief-54.pdf>

RBB Brief 54. An innovative leap into the theoretical abyss: Dow/DuPont and the Commission's novel theory of harm. Juillet 2017

Société de consultance RBB: "Ridyard, Bishop and Baker"

not unduly negatively affect appropriability, it will be compatible with both Arrow and Schumpeter and therefore will encourage innovation ».

Selon la société de consultance, la Commission dans l'affaire Dow/Du Pont, tout en reconnaissant l'importance jouée par l'appropriabilité, a cependant tranché que l'effet de cannibalisation devait, selon la littérature théorique, être considéré comme dominant. Et ce sur base d'un seul texte théorique publié en 2016 par le précédent Chief Economist Massimo Motta and Emanuele Tarantino<sup>91</sup> qui concluent que les fusions horizontales réduisent le retour sur investissement en R&D pour les firmes.

RBB précise cependant que la conclusion de Motta et al. (2016) concerne les investissements en R&D destinés à réduire les coûts de production alors que dans l'affaire Dow/Dupont, les innovations prises en compte sont relatives à de nouveaux produits.

Selon Jullien et al. (2018), une fusion a tendance, ceteris paribus, à stimuler l'innovation de produits visant un accroissement de la demande (Demand Expansion Effect) et à décourager l'investissement relatif à des nouveaux processus visant à accroître la marge (Margin Expansion Effect), v. supra.

*« En concluant uniquement sur base de l'article de Motta et al. (2016) que les concentrations aboutissent à une diminution des investissements totaux en R&D pour de nouveaux produits, la Commission a omis que cette conclusion n'est valable que si le nombre de firmes est bas, donc en dessous d'un certain seuil »<sup>92</sup>.*

Selon RBB, une fusion permet une augmentation en total des R&D si l'industrie n'est pas trop concentrée, ce qui dépend de divers facteurs et permet donc de penser qu'une relation positive entre une fusion et les investissements en R&D de la nouvelle entité est possible.

Ainsi pour la société de consultance, la théorie ne permet pas de faire l'économie de la mise en balance, au cas par cas, de la cannibalisation avec l'appropriabilité.

#### 6.5.1.4 Fusion (acquisition) Bayer/Monsanto (2018)

Suite à l'affaire Dow/DuPont, la Commission a également apprécié cette fusion sur base d'une approche étendue de la théorie du dommage<sup>93</sup>.

L'opération de fusion (acquisition) entre les firmes Bayer et Monsanto fut notifiée à la Commission en date du 30 juin 2017. Suite à cette notification, la Commission décida d'approfondir l'instruction et donc de passer à la procédure de contrôle en phase deux, ce qui lui donnait un délai de 90 jours pour statuer ; le 11 avril 2018 la Commission approuva conditionnellement la demande de rachat de Monsanto par Bayer.

En 2017, suite à son enquête préliminaire, la Commission exprima sa crainte que le projet ne réduise la concurrence sur un certain nombre de marchés différents et n'entraîne une

---

<sup>91</sup> Massimo Motta and Emanuele Tarantino (2016) "The effect of a merger on investments", CEPR Discussion Paper DP11550.

<sup>92</sup> RBB, (Brief 54).

<sup>93</sup> Déchamps et al. (2018).

hausse des prix, un recul de l'innovation, une baisse de la qualité et une réduction du choix de produits<sup>94</sup>.

Après analyse de la situation, la Commission fit le constat que les deux sociétés exerçaient des activités se chevauchant mutuellement sur certains marchés. Bayer fit ensuite des propositions à la Commission afin de remédier à ces griefs.

Les engagements offerts par Bayer qui lui permirent d'obtenir l'accord de la Commission en date de mars 2018<sup>95</sup> avaient pour objectif :

- Par la cession des activités et actifs concernés, à supprimer tous les chevauchements entre les activités des parties à la fusion, et ce sur les marchés des semences et pesticides.

Parmi les activités concernées, comptaient celles exercées par les deux firmes sur le marché des semences potagères (aux agriculteurs) et des semences de grande culture (c'est-à-dire des semences cultivées sur des grandes parcelles de terres, comme le colza et le coton).

En ce qui concerne le colza, la commission avançait que la fusion telle qu'originellement proposée pouvait porter atteinte à la concurrence entre les deux firmes en Europe, alors que Monsanto est le plus important fournisseur en Europe et que Bayer, le plus important fournisseur au monde, est aussi fortement implanté en Europe.

En ce qui concerne le coton, la Commission craignait la disparition en Europe du marché des licences dans ce domaine.

Toujours selon la Commission, une telle disparition de concurrence était d'autant plus dommageable que peu d'autres solutions étaient proposées aux agriculteurs.

- A réduire le risque que la fusion fait peser sur l'organisation mondiale des activités en R&D de Bayer relatives aux semences et aux caractères<sup>96</sup>, ainsi que sur les activités en R&D menées par le groupe en vue d'élaborer un produit concurrent du glyphosate de Monsanto.

En matière de caractères agronomiques, Monsanto occupe une position dominante au niveau mondial, et Bayer, l'un des rares concurrents en la matière, a élaboré des caractères agronomiques spécifiques pouvant se substituer à certains de ceux élaborés par Monsanto. La fusion, telle que proposée originellement, aurait pu entraîner une diminution de la concurrence sur ces marchés par souci de la nouvelle entité d'éviter les risques de cannibalisation entre ses produits, ce qui aurait pu se répercuter tant sur la diversité des produits mis sur le marché que sur les investissements en R&D<sup>97</sup>.

Sur le plan des pesticides, les deux firmes commercialisent deux herbicides non sélectifs substituables (dont le glyphosate produit par Monsanto) ; selon l'enquête préliminaire effectuée par la Commission, les deux entreprises comptent parmi le nombre limité de concurrents présents et capables d'innover sur ce marché.

---

<sup>94</sup> [Press Release: IP/17/2762](#)

<sup>95</sup> [Press Release: IP/18/2282](#)

<sup>96</sup> (30) le terme « caractère » désigne une caractéristique d'une plante, telle que sa hauteur, sa tolérance aux herbicides et sa résistance aux insectes ou aux maladies ; un caractère peut être élaboré en laboratoire et introduit dans certaines variétés de plantes. (Voir aussi note 24)

<sup>97</sup> Ce que Jullien et al. (2018) appellent l'IDE « *Innovation Diversion Effect* », v. supra.

La Commission s'est aussi interrogée sur le sort réservé, une fois la fusion effectuée, aux activités de recherches menées par Monsanto dans le domaine des pesticides biologiques, activités en mesure de concurrencer Bayer dans le domaine des pesticides chimiques.

- A réduire également le risque que la fusion fait peser sur certains actifs de Monsanto dans la mesure où ces derniers entrent en concurrence avec des produits déjà commercialisés par Bayer.

- A réduire également le risque que fait peser la fusion sur les activités de Bayer relatives au marché émergeant de l'agriculture numérique.

Le communiqué de presse nous informe aussi des mesures proposées par Bayer :

Afin de reproduire la pression exercée par Bayer sur le marché émergeant de l'agriculture numérique, cette dernière s'est engagée à céder son offre mondiale actuelle, ainsi que les produits pipeline en cours de développement dans ce domaine.

Les engagements pris par Bayer, qui lui permettent de satisfaire et de répondre aux préoccupations exprimées par la Commission, portent sur la cession des activités de Bayer relatives aux semences potagères, aux semences de grande culture et à leurs caractères, en ce compris les activités R&D associées ; ces activités sont cédées à des acquéreurs qui n'opèrent pas dans ces domaines, sans chevauchement donc, et ce afin qu'ils puissent reproduire la pression concurrentielle exercée précédemment par Bayer sur Monsanto et faire en sorte que le nombre d'acteurs mondiaux en matière de recherche et développement sur les semences potagères reste le même.

En matière de pesticides, Bayer s'est engagée à vendre tous ses actifs et lignes de recherches relatives aux herbicides non sélectifs afin également de permettre à l'acquéreur de reproduire la pression concurrentielle sur Monsanto dans ce domaine...d'autres actifs de Monsanto, dans d'autres domaines seront également cédés afin de garder la pression concurrentielle sur Bayer dans les branches liées...

L'acquéreur majeur de la plupart des actifs et activités cédés en guise de mesures correctives est à ce jour la société BASF ; cette dernière va cependant devoir à son tour présenter devant la Commissions les éléments nécessaires afin de prouver l'absence de chevauchement avec les domaines impliqués dans les acquisitions. En ce qui concerne la recherche dans le domaine des caractères et des herbicides, elle devra également apporter des éléments de preuve relatifs à sa capacité à gérer et à développer...et donc à reproduire la pression concurrentielle exercée avant la fusion.

Dow, Du Pont, Bayer et Monsanto sont des firmes souvent actives sur les mêmes marchés. Dans les deux dossiers de fusion/acquisition, la Commission a fait part d'inquiétudes quant aux risques de diminution des pressions concurrentielles en prix et en choix sur les marchés impliqués. Et ce, du fait de l'existence de chevauchements entre les activités des entreprises candidates et aussi du fait de l'existence de produits pipelines en cours d'élaboration. Mais

l'inquiétude de la Commission porte également sur d'éventuelles innovations futures non encore indentifiables<sup>98</sup>.

Dans les deux cas, la fusion est conditionnée à la cession, par les firmes candidates, de certaines de leurs activités de production et/ou en R&D, et ce en vue de préserver la pression concurrentielle sur les marchés impliqués et/ou sur les firmes candidates, notamment en vue d'assurer une certaine efficience dynamique sur les marchés impliqués.

#### *6.5.1.5 Fusion/acquisition Siemens-Alstom : refus de la Commission*

Dans son communiqué de presse du 6 février 2019<sup>99</sup>, la Commission explique que les deux entreprises européennes, l'une basée en Allemagne et l'autre en France, sont leaders au niveau européen et mondial en matière de fourniture de divers systèmes de signalisation et de matériel roulant pour les lignes ferroviaires et de métros.

Selon la Commission, la production et l'innovation, fournies par les deux groupes, à prix compétitif et répondant aux normes de conformité européennes en la matière (ETCS : Système Européen de Contrôle des Trains), s'avèrent déterminantes pour le développement d'un marché ferroviaire intégré au niveau européen.

Or, toujours selon la Commission, l'acquisition d'Alstom par Siemens, aurait pour effet d'éliminer la concurrence entre les deux firmes, relativement à divers produits pour lesquels ces dernières représentent des acteurs incontournables et sont leaders du marché. Ladite fusion ayant pour conséquence de faire naître une entité en position dominante et incontestable sur divers marchés essentiels à l'expansion des lignes ferroviaires et de métro.

L'incontestabilité, due à l'importance dérisoire de la concurrence faisant face à la nouvelle entité sur les marchés concernés, dépasserait le cadre européen, ce qui entraînerait une augmentation des prix pour les clients européens. Selon la Commission, cette augmentation de prix pourrait également avoir pour effet de détourner les clients potentiels vers des acteurs extra-européens, alors qu'à ce jour la possible entrée sur le marché européen de concurrents potentiels venant du Japon, de la Chine, ou de Corée du sud n'entre pas en ligne de compte, dans la mesure où à ce jour le secteur n'est pas ouvert à la concurrence des firmes dans lesdits pays, dont les entreprises sont absentes des marchés internationaux impactés par la fusion.

La Commission a en outre estimé que les mesures correctives proposées par les parties, notamment en ce qui concerne la cession de certaines activités, ne donnent pas suffisamment de garanties quant à l'indépendance des acquéreurs, et ne dissipe pas non plus les craintes que la fusion porte sérieusement atteinte à la concurrence.

#### **Controverse**

Suite au refus de la Commission, la France et l'Allemagne ont ouvertement critiqué cette décision en argumentant que la création d'un champion européen dans le domaine impliqué était une nécessité pour faire face à la concurrence en provenance notamment de la Chine

---

<sup>98</sup> Press Release: IP/18/2282

<sup>99</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-881\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_fr.htm)

et des Etats-Unis. Le ministre français de l'Economie, Bruno Le Maire, qualifia le droit de la concurrence comme « vieillot » et inadapté aux nouvelles exigences du 21<sup>ème</sup> siècle<sup>100</sup>.

Dans un « *Manifeste franco-allemand pour une politique industrielle européenne adaptée au 20<sup>ème</sup> siècle* » du 19 février 2019<sup>101</sup>, les deux Etats vont jusqu'à proposer d'octroyer au Conseil européen la faculté d'abroger une décision de refus de fusion de la part de la Commission.

Un rapport de L'EPSC « *European political strategy center* »<sup>102</sup> sous la direction de Jean-Claude Junker, tout en répondant aux remarques avancées par l'Allemagne et la France, pointe également les faiblesses actuelles de la politique industrielle d'une Europe qui à ce jour semble « *mal préparée à faire face aux enjeux économiques à venir* »<sup>103</sup>.

Ledit rapport souligne qu'une intervention des Etats, notamment via le Conseil, comme le suggèrent l'Allemagne et la France, dans la mise en œuvre de la politique de concurrence par la Commission, pourrait favoriser l'éclosion de marchés inefficients par le fait que les Etats seraient tentés de privilégier leurs intérêts nationaux au détriment de la mise en place de marchés concurrentiels et efficients<sup>104</sup>.

Cependant, si d'un côté le refus par la Commission d'accorder la fusion vise à préserver la concurrence sur les marchés impliqués, et ce en vue de contribuer à l'intégration d'un système ferroviaire à l'échelle européenne, le rapport confirme également la menace que pourrait constituer une concurrence venue d'un pays comme la Chine dont les entreprises sont fortement soutenues par un financement étatique (v. infra). La Commission ajoute cependant que la fusion n'aurait pas aidé la nouvelle entité à accéder au marché chinois, dans la mesure où ce dernier est protégé par de fortes barrières à l'entrée et, comme cela vient d'être mentionné, par de fortes aides d'Etats destinées aux entreprises nationales<sup>105</sup>  
<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> (<https://theconversation.com/les-lecons-du-rejet-de-la-fusion-alstom-siemens-111393>).

<sup>101</sup> ([https://minefi.hosting.augure.com/Augure\\_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=98509149-AA7A-4B06-9AF4-D1668C58ED0E&filename=1043%20-%20Manifeste%20franco-allemand%20pour%20une%20politique%20industrielle%20europ%C3%A9enne%20adapt%C3%A9e%20au%20Xle%20si%C3%A8cle.pdf](https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=98509149-AA7A-4B06-9AF4-D1668C58ED0E&filename=1043%20-%20Manifeste%20franco-allemand%20pour%20une%20politique%20industrielle%20europ%C3%A9enne%20adapt%C3%A9e%20au%20Xle%20si%C3%A8cle.pdf))

<sup>102</sup> ([https://ec.europa.eu/epsc/publications/other-publications/eu-industrial-policy-after-siemens-alstom\\_en](https://ec.europa.eu/epsc/publications/other-publications/eu-industrial-policy-after-siemens-alstom_en) )

<sup>103</sup> <https://www.lecho.be/economie-politique/europe/economie/l-europe-cherche-son-avenir-industriel-apres-le-rejet-de-la-fusion-alstom-siemens/10108747.html>).

<sup>104</sup> EPSC (2019 : 4-5).

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> C. Huveneers précise : (Il faut remarquer que la proposition franco-allemande du 19 février 2019 s'est heurtée à l'opposition des Etats-membres scandinaves et des Pays-Bas, et que même l'Allemagne semble avoir pris ses distances par rapport à l'initiative du Ministre français de l'Economie.

Celui-ci vient au demeurant, à l'occasion de sa présentation à l'OCDE dans le cadre de la conférence « *Competition and the Digital Economy* » (3 juin 2019), de renoncer à sa proposition d'accorder au Conseil un droit de veto ou un droit d'évocation lorsque la Commission autorise une concentration.

Ce changement de position du Ministre français de l'Economie semble déterminé par un rapport de son administration concluant que le contrôle européen des concentrations tel qu'il a été mené par la Commission européenne « *semble avoir rempli plutôt efficacement son rôle sans entraver, sur le nombre, la conduite de projets industriels européens* » « *La politique de concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* », Inspection Générale des Finances, N° 2018 – M 105 – 03 et Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, N° 2018/29//SGCGE. Avril 2019).

## 6.5.2 §2 Décision d'acceptation inconditionnelle de la Commission

### 6.5.2.1 FACEBOOK/WhatsApp <sup>107</sup>

La Commission autorisa en 2014 l'acquisition de WhatsApp par Facebook et ce malgré la part de marché importante que la nouvelle entité totalisait. L'autorité de concurrence européenne justifia son accord par le caractère fortement dynamique et innovant du marché ainsi que par la contestabilité du marché qui reste importante nonobstant les effets de réseaux importants. Selon la Commission, ces éléments permettent en l'espèce d'éviter la constitution d'un pouvoir de marché nuisible à la compétition<sup>108</sup>.

Selon Gunther (2015): « *The consumer communication sector is a recent and fast growing sector which is characterized by frequent market entry and short innovation cycles in which large market shares may turn out to be ephemeral. In such a dynamic context, The Commission takes the view that in this market high market shares are not necessarily indicative of market power and, therefore, of damage to competition... In this market any leading market position even if assisted by network effects is unlikely to be incontestable. The market of consumer communications apps has a long track record of entry by new players...Such threat from new players constitutes and is likely to keep constituting a significant disciplining factor for the merged entity, regardless of the size of its network* ».

---

<sup>107</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1088\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_fr.htm)

<sup>108</sup> « Le marché des applications mobiles pour les communications grand public se caractérise par des effets de réseau : la valeur du service rendu à ses utilisateurs s'accroît avec le nombre d'autres utilisateurs. L'existence d'effets de réseau peut permettre à l'entité qui possède un vaste réseau de maintenir ses concurrents à l'écart du marché. En effet, la Commission a constaté que le marché des applications pour communications grand public est en pleine expansion et se caractérise par des cycles d'innovation courts qui bousculent souvent les positions sur le marché. De plus, le lancement d'une nouvelle application est relativement simple, exigeant peu de temps et d'investissements. Enfin, les clients peuvent utiliser-ce qu'ils font d'ailleurs effectivement - plusieurs applications en même temps et passer facilement de l'une à l'autre. » Ibid.

## 7 Les Cartels : art.101 TFUE et article IV.1 CDE

### 7.1 Introduction

Sur la page consacrée aux cartels, sur le site de l'Autorité Belge de la Concurrence<sup>109</sup>, l'on peut lire : « *Un accord ou une pratique concertée interdit(e) entre entreprises peut par exemple porter sur la fixation des prix, la limitation de la production, l'exclusion d'un entrant, ou la répartition des marchés ou des clients entre eux. Au lieu de rivaliser les uns avec les autres et d'attirer leurs clients sur base de leurs mérites respectifs, les entreprises participant à une entente mettent en œuvre une stratégie convenue ensemble, ce qui réduit leur incitation à développer de nouveaux ou de meilleurs produits et services, et/ou d'offrir leurs produits ou services à des prix compétitifs. En conséquence, leurs clients finissent par payer davantage (et/ou recevoir un produit ou service de qualité moindre) que la situation qui aurait existé en l'absence de la pratique restrictive de concurrence.*

*Les lignes directrices de la Commission européenne exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords de coopération horizontale et verticaux au regard de l'article 101 du TFUE. L'article IV.1 CDE est en substance identique à cet article. Par conséquent, l'ABC applique ces lignes directrices par analogie ».*

En portant atteinte à la concurrence, les ententes illicites influent le cours des efficiences allocatives et dynamiques et ce au profit des membres du cartel.

L'article IV.1CDE est rédigé en des termes identiques à l'article 101 du TFUE, hormis le fait que, étant donné son caractère national, l'article du CDE ne se réfère pas à l'affectation du commerce entre Etats membres. Les éléments constitutifs de l'infraction d'entente sont donc identiques pour les deux articles sauf en ce qui concerne l'affectation du commerce intra-communautaire.

### 7.2 Les éléments constitutifs de l'infraction d'entente

L'intention entre les parties de se comporter d'une manière déterminée sur le marché l'emporte sur la forme que peut prendre l'accord. La forme peut être orale ou écrite, contraignante ou pas sur le plan légal...c'est l'intention qui est constitutive de l'entente<sup>110</sup>  
<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> <https://www.abc-bma.be/fr>

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Arrêt du 26 octobre 2000 dans l'affaire Bayer AG c. Commission, T-41/96, points 67 à 69 : « Il ressort également d'une jurisprudence constante que, pour qu'il y ait accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée (arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, 41/69, Rec. p. 661, point 112, et du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 86; arrêt du Tribunal du 17 décembre 1991, Hercules Chemicals/Commission, T-7/89, Rec. p. II-1711, point 256).

En ce qui concerne la forme d'expression de ladite volonté commune, il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément à ses termes (voir, notamment, arrêts ACF Chemiefarma/Commission, point 112, et Van Landewyck/Commission, point 86, précités), sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national (arrêt Sandoz, point 13).



« Les articles 101(1) TFUE et IV.1 CDE interdisent les accords et/ou pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence au sein du marché intérieur »<sup>112</sup>.

L'intention porte sur les accords et/ou les pratiques concertées. Ceux-ci peuvent avoir pour objet de restreindre la concurrence sans pour autant en avoir produit nécessairement les effets. Il s'agit alors d'une infraction par objet. Selon la jurisprudence<sup>113</sup>, les effets anticoncurrentiels peuvent également être pris en compte pour frapper d'interdiction des accords/pratiques (infraction par effet) alors que ces derniers ne constituent pas une infraction par objet<sup>114</sup>. Tant les accords par objet que par effet sont interdits par l'article 101(1) TFUE et IV.1 CDE.

Sur la page de l'ABC consacrée aux ententes, on peut lire que l'article 101 TFUE, paragraphe 1, n'exige pas que les pratiques/accords incriminés affectent sensiblement les échanges intracommunautaires, la preuve en droit serait trop difficile à établir, cependant il doit être établi que les pratiques/accords peuvent potentiellement avoir un tel effet.

Ce qui peut être le cas lorsque, par exemple, le marché pertinent d'un accord est national et, qu'en conséquence, cet accord peut entraîner un cloisonnement du marché au niveau national entravant ainsi l'interpénétration économique au niveau communautaire.

L'effet de l'accord/ pratique concertée doit cependant avoir un effet sensible sur la concurrence.

Le paragraphe 3 de l'article 101 TFUE et/ou IV.1 CDE autorise tout accord et/ou pratique concertée non susceptible d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, lorsque la restriction de la concurrence qu'entraîne l'entente est nécessaire pour réaliser un progrès technique ou économique, et à condition que ce progrès soit répercuté au bénéfice des utilisateurs, ce qu'on appelle la condition de « pass on »<sup>115 116</sup>. La dérogation ainsi prévue au § 3 postule ainsi une certaine relation négative entre concurrence et efficacies.

### 7.3 La standardisation et les ententes

La standardisation permet l'établissement de normes communes relatives à un produit ou à un processus, cette standardisation, ou établissement d'une norme, peut inclure des éléments nécessaires et brevetés ; dans ce cas, l'on désigne ce brevet comme un brevet essentiel à une norme (BEN)<sup>117</sup>.

Selon Gunther (2015), un BEN confère à son détenteur un pouvoir de marché important, notamment en ce qui concerne la fixation du prix de la licence.

---

<sup>112</sup> (35) AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE Auditorat Décision n° ABC-2017-I/O-16-AUD du 02 mai 2017 Affaire CONC-I/O-13/0031.

<sup>113</sup> Arrêt du 20 novembre 2008 dans l'affaire *Beef Industry Development et Barry Brothers*, C-2090/07, point 15.

<sup>114</sup> Arrêt du 20 novembre 2008 dans l'affaire *Beef Industry Development et Barry Brothers*, C-2090/07, points 15 à 17.

<sup>115</sup> Defraigne et al. (2017 :257).

<sup>116</sup> Autorité Belge de la Concurrence.

<sup>117</sup> Gunther (2015).

Selon l'auteur, la standardisation amène souvent à réduire la définition du marché à une seule technologie ou norme. L'auteur cite comme exemple le fait que la norme « UMTS 3G » en 2014 était devenue incontournable pour les fabricants de téléphonie mobile.

Gunther (2015) rappelle les enjeux de la lutte contre les ententes illicites dans le cadre de la standardisation. Selon l'auteur, il s'agit de trouver un équilibre entre le développement de nouveaux standards innovants et le risque d'entente des participants sur les paramètres de la concurrence. Il s'agit aussi de permettre l'adhésion du plus grand nombre aux différents standards (qualité, sécurité, interopérabilité...) tout en résolvant les difficultés liées à l'obtention de licences multiples et d'origines diverses, ces licences constituant des préalables nécessaires notamment pour l'élaboration d'une innovation cumulative (problème du « patent thicket »).

Dans ce cadre, la lutte contre les ententes illicites contribue à sécuriser, à des conditions « FRAND » (v. infra), tant pour l'acquéreur que le vendeur, le montant des royalties pour l'obtention de la licence d'un BEN<sup>118</sup>.

La Commission considère que « *les accords de standardisation encouragent l'interpénétration économique sur le marché intérieur, le développement de produits ou de marchés nouveaux et plus performants ainsi que de meilleures condition d'offre* »<sup>119</sup>

Les Lignes Directrices sur la coopération horizontale soulignent également le fait que la standardisation peut aussi avoir des conséquences anticoncurrentielles, comme par exemple, les ententes sur les prix ou les quantités, la limitation de l'innovation, la restriction à la mise au point d'autres technologies, la limitation de l'accès aux résultats...<sup>120</sup>.

On rappelle que l'article 101(1) TFUE, interdit expressément tout accord d'entreprise, pratiques concertées, toute décision d'association d'entreprise susceptible d'entraver la concurrence.

Les LD sur la coopération horizontale (§263 et S.) nous disent que certains accords n'enfreignent pas la concurrence si en plus d'être facultatifs, leur procédure d'adoption est ouverte, transparente, et que la norme est accessible à des conditions FRAND (Fair, Reasonable, and non Discriminatory). Ces critères sont également utilisés pour déterminer si un accord est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels.

Les LD sur la coopération horizontale (§273) incluent dans les accords à objet anticoncurrentiel les accords qui, sous couvert de standardisation, s'inscrivent dans un cadre restrictif large visant à évincer des concurrents existants ou potentiels.

On rappelle que l'article 101(3) TFUE pose un cadre dans lequel le paragraphe premier peut être déclaré inapplicable même s'il s'agit d'une infraction par objet.

---

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Lignes Directrices sur la coopération horizontale, §263.

<sup>120</sup> LD coopération horizontale, §265-268.

La participation à l'accord doit être ouverte à tous, l'accord limité aux éléments nécessaires (par ex, pas de brevet non nécessaire), pas de droit exclusif de contrôle de conformité confié à un organisme déterminé<sup>121</sup>.

L'effet de l'accord doit être bénéfique aux consommateurs, ce qui est présumé si la norme facilite l'interopérabilité et la compatibilité technique ou facilite la concurrence entre des produits nouveaux et existants<sup>122</sup>.

Cette norme peut produire des gains d'efficacité, notamment par une meilleure intégration des marchés, une augmentation du choix des consommateurs, la réduction de coûts et une amélioration de la qualité...<sup>123</sup>.

Le processus d'adhésion à la norme ne doit pas éliminer la concurrence, notamment en limitant arbitrairement l'accès<sup>124</sup>.

#### 7.4 Le cartel et la clémence (en complément)

La clémence est ici définie comme une « *exonération complète ou partielle d'amende pour les entreprises ou les associations d'entreprises ayant participé à un cartel secret, en vertu de l'article IV.46, § 1 CDE* » (LD sur la clémence de l'ABC, § 8)<sup>125</sup>.

Lorsqu'il s'agit de la responsabilité pénale d'une personne physique, l'on parle « *d'immunité des poursuites* ».

La clémence ne porte pas sur les éventuelles actions civiles pouvant résulter de dommages causés par une entente : « *L'octroi de l'exonération totale ou partielle d'amendes à un demandeur de clémence ou de l'immunité des poursuites à une personne physique ne concerne que les sanctions qui peuvent être imposées par l'ABC en application du Livre IV CDE. Les autres conséquences de la participation au cartel tombent en dehors du champ d'application des Lignes directrices.* »<sup>126</sup>

Suite aux succès enregistrés aux USA, le premier programme de clémence (39) a été appliqué dans L'UE en 1996<sup>127</sup>.

Le principe de la clémence et des programmes de clémence, s'inspire de la théorie des jeux. Cette théorie, qui fut développée par le mathématicien américain John Nash, part du postulat que, dans un cadre de règles imparti, les stratégies et les décisions d'individus en interaction dépendent du comportement que chacun attend des autres ou observe chez les autres. Le « Dilemme du prisonnier » est l'exemple qui illustre la théorie. Lorsque deux voleurs présumés sont interrogés séparément par la police, selon des règles stipulant

---

<sup>121</sup> Gunther (2015).

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> [https://www.concurrence.be/sites/default/files/content/download/files/20160322\\_mb\\_lignes\\_directrices\\_clemence\\_clementierichtsnoeren.pdf](https://www.concurrence.be/sites/default/files/content/download/files/20160322_mb_lignes_directrices_clemence_clementierichtsnoeren.pdf)

<sup>126</sup> LD sur la clémence de l'ABC, § 10.

<sup>127</sup> La notion de *programme de clémence aux USA* englobe les mesures d'ordre pénal (immunité de sanction pénale à l'encontre des personnes morales et des personnes physiques ayant participé à un cartel) et/ou d'ordre civil (interaction avec les actions individuelles ou collectives des victimes devant le juge civil), dont la coordination vise à augmenter l'attractivité de la clémence. Desbrosse (2010).

premièrement, que celui qui dénonce l'autre est exempté de peine, le dénoncé dans ce cas écope du maximum de la peine, deuxièmement que chacun écopera d'une peine réduite en cas de dénonciation mutuelle, troisièmement si les deux gardent silence il y aura absence de preuves, la théorie suppose que chacun des deux voleurs, isolé dans sa cellule, optera pour la stratégie de dénonciation parce qu'elle est, dans tous les cas, plus avantageuse. Bien que rationnellement la solution de coopération entre les deux voleurs soit préférable, aucune garantie ne peut cependant assurer aux deux protagonistes que l'autre gardera le silence, c'est donc la dénonciation qui apparaît comme le meilleur choix.<sup>128</sup>

Ainsi, en désolidarisant les parties impliquées dans une entente illicite, le système de clémence augmente l'efficacité de la répression et de la prévention dans la mesure où la charge de la détection et de la preuve n'incombe plus à l'autorité de contrôle, contrainte sinon de devoir suivre des procédures fastidieuses, mais au dénonciateur tenu de collaborer avec l'Autorité et de fournir tous les documents requis<sup>129</sup>.

Bien qu'efficace entre pays industrialisés dont la collaboration réciproque est fortement codifiée, Desbrosse (2010) relève que le système est beaucoup moins performant lorsqu'il s'agit de certains « cartels à l'exportation ». Ce qui est le cas lorsque des firmes de pays industrialisés s'entendent (par ex. sur les prix minimums) en ce qui concerne leurs exportations vers des pays pauvres dotés d'institutions et de moyens insuffisants pour se protéger... ces pays pauvres sont le plus souvent confrontés à un manque de collaboration de la part des autorités judiciaires des pays impliqués<sup>130</sup>.

L'auteur souligne aussi la possible instrumentalisation de la procédure de clémence par des firmes, parties à un cartel mais désireuses de conquérir des parts de marché tout en affaiblissant les concurrents par une dénonciation. L'instrumentalisation est aussi possible lorsqu'une firme se dit victime d'un cartel et menace ce dernier d'une procédure civile à moins qu'elle ne reçoive préalablement, de la part du cartel, une forte compensation.

Selon Motta et al. (2003), les nouveaux cartels intègrent progressivement les coûts liés aux programmes de clémence. En connaissant les risques qu'ils encourent en cas de poursuites, les nouveaux membres s'engagent seulement si le cartel reste tout de même profitable une fois ces risques supplémentaires intégrés. Selon les auteurs il peut en résulter une meilleure organisation des nouveaux cartels et donc plus une plus grande difficulté à les détecter et à les démanteler.

La détection demande donc dans ce cas une attitude plus proactive de la part des autorités de la concurrence. Selon les auteurs, ce n'est qu'une fois qu'il se sentira repéré que la délation deviendra profitable pour un membre de cartel.

Toujours selon les auteurs, afin de répondre au calcul opportuniste des nouveaux cartels, l'amende prévue en cas de programme de clémence doit être supérieure à celle prévue en l'absence de programme.

---

<sup>128</sup> Desbrosse (2010).

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> Afin de faciliter les échanges d'informations en matière de lutte contre les cartels, l'International Competition Network, composé de 132 Etats membres, a notamment mis en place, en 2016, un groupe de travail visant à créer un cadre qui organise l'échange d'informations utiles et non confidentielles entre les agences nationales de la concurrence.  
<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/non-confidential-information-sharing/>.

Nous pouvons concevoir le fait que si des cartels mieux organisés sont une réponse aux risques accrus d'être dénoncés à cause des programmes de clémence, une augmentation de la peine encourue est une réponse à des cartels mieux organisés, cette nouvelle réponse faisant ainsi à nouveau augmenter les coûts liés aux risques...

#### 7.4.1 La directive sur les actions en dommage et intérêts pour infraction au droit de la concurrence en relation avec la procédure de clémence<sup>131</sup>

La directive a pour but d'affiner les interactions entre le volet pénal et le volet civil dans le cadre des ententes et des autres pratiques anticoncurrentielles. Elle vise également à garantir d'un côté l'indemnisation la plus complète des victimes tout en garantissant de l'autre côté l'efficacité répressive et préventive, notamment en sauvegardant l'intérêt à la collaboration dans le cadre d'une procédure de clémence liée à une entente illicite.

En effet, un délateur motivé par le fait d'échapper à une sanction pénale, risque cependant de faire marche arrière s'il n'est pas mis à l'abri des actions en dommages et intérêts intentées par les victimes du cartel<sup>132</sup>.

Aussi, une des mesures prises dans ce sens par la directive, est celle qui limite la responsabilité civile du délateur aux dommages subis par ses propres clients et fournisseurs (alors que les autres membres du cartel sont conjointement et solidairement tenus envers toutes les victimes du cartel). Cependant, dans le cas où une compensation intégrale des dommages civils n'aurait pu être obtenue auprès des autres cartellistes, la responsabilité solidaire du bénéficiaire de l'immunité est à nouveau applicable<sup>133</sup>.

#### 7.5 La jurisprudence de l'ABC (en complément)

Selon l'ABC, en matière de cartels, la jurisprudence est beaucoup plus abondante au niveau des Etats, la DG de la Concurrence garde un droit de regard, mais à ce jour le Réseau européen de la concurrence (REC) a tendance à dispatcher les affaires vers les autorités nationales de la concurrence.

##### 7.5.1 Cartel et marché public <sup>134</sup>

L'infraction consiste en une entente illicite entre des soumissionnaires en vue de se répartir les appels d'offres lancés en exécution d'un marché public... Concrètement, pour chaque appel d'offre, les soumissionnaires se sont accordés pour déterminer quelle entreprise remporterait quelle commande.

---

<sup>131</sup> Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/104/oj>

<sup>132</sup> Communiqué de presse Commission Européenne 10/09/2014.  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1580\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_fr.htm)

<sup>133</sup> Op.cit., Directive 2014/104/UE

<sup>134</sup> Décision n° ABC-2017-I/O-16-AUD du 02 mai 2017 Affaire CONC-I/O-13/0031

L'auditorat estima que :

-Il s'agit bien dans le chef des parties de manœuvres concertées pouvant « *être qualifiées d'accord et/ou de pratique concertée* » visant à dissimuler une coopération entre elles en vue de fausser le jeu de la concurrence.

L'auditorat reconnaît donc ici le caractère intentionnel des actes posés par les parties (infraction par objet), l'intention étant spécialement axée sur la dissimulation de la coopération et des pratiques associées... l'effet potentiel allant aux dépens de la concurrence (c'est notre interprétation).

-Tous les comportements incriminés sont reliés entre eux par l'intention de restreindre la concurrence en vue de se partager un marché public. Il s'agit donc d'une infraction « *unique et continue* ».

L'Auditorat conclut que le comportement des parties doit être qualifié d'accord et/ou de pratique concertée au sens des articles 101 (1) TFUE et IV.1 CDE.

-Toutes les parties ont agi en conscience de participer par leurs contacts et accords à la réalisation du cartel dont elles connaissaient également la portée générale.

« *Par conséquent, l'Auditorat conclut que les parties ont participé à une infraction unique et continue au sens des articles 101 TFUE et IV.1 CDE.* »

- Des accords visant à se répartir des marchés publics sont considérés par nature comme restreignant « *la concurrence au sens de l'article 101 TFUE et IV.1 CDE* ».

Le partage de marché étant donc considéré comme une infraction par objet, l'auditorat estime ne pas à avoir à démontrer un quelconque effet des pratiques incriminées sur la concurrence.

- En ce qui concerne l'affectation sensible de la concurrence sur le marché belge et effet sur le commerce entre Etats membres :

L'auditorat souligne que l'infraction concerne un cartel de dimension nationale, par le fait qu'il implique l'ensemble des fournisseurs retenus par une entreprise publique dans le cadre du marché public en cause.

Par conséquent, l'Auditorat conclut, du fait que le marché impliqué est de dimension nationale, que la pratique de partage de marché était susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. L'auditorat ajoute que, dès lors que l'infraction a une dimension nationale, elle a également faussé de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné au sens de l'article IV.1 CDE et le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 TFUE.

- Selon l'auditorat, il n'existe dans le cas d'espèce aucun élément permettant d'exempter les comportements incriminés sur des articles 101(3) TFUE et/ou IV.1, 94. §3 CDE.

## 8 Politique de la concurrence et politique industrielle européenne

La Belgique, comme les autres Etats membres de l'UE, a ratifié le Traité de Rome et par la suite le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), s'engageant de la sorte à respecter les règles et à se soumettre aux contrôles qui visent l'intégration d'un marché européen concurrentiel.

Désormais, la politique industrielle s'exprime au niveau européen, ce qui jadis relevait de la compétence des Etats doit maintenant se reconstruire progressivement au niveau européen, les producteurs, leurs productions, ainsi que les facteurs de production se déplacent, s'échangent, s'assemblent et se font concurrence au sein d'un marché transnational aux règles communes.

Un marché libre et concurrentiel doit permettre l'optimisation des efficiences productive, allocatives et dynamiques.

Le rôle des Etats au sein du marché unique s'adapte progressivement pour passer de celui d'un acteur économique soucieux de favoriser et protéger son industrie nationale à celui d'un correcteur d'imperfections de marché afin d'assurer que ce dernier reste concurrentiel et contestable.

En tant qu'acteur qui intervient dans l'activité économique de son pays, les pouvoirs d'un Etat voient donc leur champ d'action fortement limité. C'est ainsi qu'une politique industrielle nationale ne peut plus œuvrer à aider les industries nationales en vue de les rendre plus compétitives par rapport à leurs concurrents, la distorsion de concurrence qui pourrait en résulter serait considérée comme incompatible avec le marché commun.

Les ententes illicites et les cartels tant internationaux que nationaux sont sanctionnés, les aides d'Etat autorisées sont des exceptions à la règle et soumises à contrôle, les fusions transnationales d'entreprises sont également conditionnées à la sauvegarde d'un marché concurrentiel...

Le processus d'intégration européen vise à abolir les barrières à la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production en vue de favoriser une plus grande concurrence entre entreprises et ainsi permettre l'émergence de champions européens pouvant peser dans la mondialisation des échanges<sup>135</sup>.

Cependant, le dynamisme de certains marchés actuels, caractérisés par une fréquence élevée d'innovations disruptives, permet de concevoir un champion européen non pas comme constitué d'une seule grande firme, mais comme une association, temporaire

---

<sup>135</sup> Defraigne et al. (2017 :234).

numériquement intégrée, de diverses entités réunies autour d'un projet commun dont l'une des caractéristiques serait d'œuvrer pour l'intérêt commun à un niveau européen<sup>136</sup>.

Cependant, en plus de stimuler la concurrence entre les Etats membres, la politique industrielle européenne doit également offrir la possibilité à ces Etats d'exercer un contrepoids au pouvoir toujours grandissant des multinationales<sup>137</sup>.

Les outils dont disposent les Etats dans leur politique industrielle se trouvent au niveau des aides autorisées et non contrôlées (règles de *minimis*, G.B.E.R.<sup>138</sup>). « *Les aides d'Etat autorisées gravitent autour de cinq thèmes, l'innovation et la R&D, le développement durable, la compétitivité de l'industrie de l'UE, la création d'emplois, et la cohésion sociale et régionale* »<sup>139</sup>.

De façon générale, l'activité réglementaire et la jurisprudence de l'UE en matière de politique de concurrence reflètent la volonté d'inscrire la politique européenne de la concurrence dans la logique des impératifs de la politique industrielle dont la recherche d'efficacités dynamiques doit faire partie intégrante<sup>140</sup>.

Les dérogations à l'interdiction d'entente prévues à l'article 101 (3) TFUE, appuyées par les lignes directrices, en sont une illustration. Ces dérogations concernent notamment certains accords en R&D et l'exploitation commune de résultats d'activités R&D menées par les parties. Ce genre de dérogation postule notamment que l'effet « *spill-over* » et l'appropriabilité des fruits d'un investissement en R&D ne vont pas nécessairement en sens opposés<sup>141</sup>.

## 9 La politique industrielle de l'UE et le reste du monde<sup>142</sup>

Si d'un côté l'Union européenne table sur la construction d'un marché intégré et concurrentiel, non seulement afin de stimuler la naissance de champions mais également afin de stimuler l'émergence de marchés efficaces, notamment sur le plan dynamique, force est de constater qu'un tel choix stratégique n'est pas nécessairement partagé à travers le monde.

---

<sup>136</sup> EPSC (2019 : 17).

<sup>137</sup> Guillou (2017).

<sup>138</sup> General Block Exemption Regulation. Cette réglementation permet aux Etats membres de l'UE d'octroyer des aides autorisées tout en faisant l'économie du processus complet de notification à la Commission. <https://www.economy-ni.gov.uk/articles/general-block-exemption-regulation>

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Huveneers (2014).

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> EPSC (2019: 8-9).



La Chine, par exemple, qui à ce jour accentue son avance sur l'UE tant en matière de compétitivité qu'en ce qui concerne l'innovation dans des domaines hautement stratégiques sur le plan économique, comme la digitalisation et l'électronique, reste une économie qui repose fortement sur les aides d'Etat, l'accès aisé aux capitaux et l'établissement de barrières à l'entrée du marché intérieur, le tout en faveur des entreprises nationales. Alors que ces mêmes entreprises semblent profiter de leur force de pénétration ainsi établie afin de s'implanter avec succès sur des marchés étrangers, notamment en emportant d'importants marchés publics ou par l'acquisition d'importantes participations au capital dans des domaines divers et hautement stratégiques<sup>143</sup>.

Selon le rapport, cette situation place l'UE face à la nécessité, non seulement d'accentuer le soutien à sa propre industrie pour l'accomplissement et la réalisation de projets d'avenir, mais également à adopter une attitude plus sélective à l'égard des manœuvres commerciales en provenance de pays adoptant des stratégies fondamentalement opposées aux valeurs européennes. « *Openness should remain the name of the game, but it must be a two-way street* ».

A ces fins, le rapport préconise :

Tout d'abord, la mise en place d'un cadre réglementaire actualisé au niveau de l'Organisation Mondiale du Commerce notamment en ce qui concerne une plus grande transparence des Etats en ce qui concerne les aides sous forme directe ou indirecte apportées à leurs industries. Selon le rapport, en 2018 seuls 55% des 164 Etats membres de l'OMC ont rendu compte des subsides accordés. La question est également posée en ce qui concerne le maintien du traitement préférentiel accordé à la Chine sur base de son statut « *d'économie en développement* », qui l'autorise ainsi à lever certaines barrières à l'entrée de son marché intérieur.

En ce qui concerne l'UE, le rapport préconise en plus d'accentuer sa lutte contre les importations à prix irrégulièrement bas, notamment pour cause de dumping ou d'aides illicites, la mise en place, pour avis, d'un contrôle européen sur l'opportunité d'un apport de fonds étrangers et ainsi d'une prise de contrôle, dans des domaines hautement stratégiques pour l'économie et la sécurité de l'UE et de ses Etats membres. L'EPSC invite également à une plus grande vigilance en ce qui concerne l'import de technologies liées à la digitalisation de l'économie qui peuvent également permettre un certain contrôle du fournisseur sur les activités de l'importateur. Toujours selon le rapport, l'UE doit aussi exiger la réciprocité en matière d'accès non discriminé aux marchés publics d'un pays étranger à l'UE, et à cette fin mettre en place un cadre de contrôle plus étroit visant à repérer ce type de discriminations allant à l'encontre des entreprises européennes<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> EPSC (2019: 10-12).

([https://ec.europa.eu/epsc/publications/other-publications/eu-industrial-policy-after-siemens-alstom\\_en](https://ec.europa.eu/epsc/publications/other-publications/eu-industrial-policy-after-siemens-alstom_en)

## 10 Conclusion

En décembre 2013, le traité de Lisbonne renomme le traité qui institue la Communauté européenne (à l'origine le traité de Rome) en tant que « Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne » (TFUE). Le TFUE et le traité sur l'Union européenne (à l'origine le traité de Maastricht) deviennent les deux traités fondateurs de l'Union Européenne.

L'article 3§1 TFUE stipule que « l'Union dispose d'une compétence exclusive dans le domaine de l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. »

Nous avons vu que l'idée d'un marché concurrentiel, au sens où l'entend l'UE, ne peut être dissociée de celle d'un marché contestable. Ce caractère contestable fait partie intégrante du dynamisme d'un marché concurrentiel.

La construction d'un marché commun européen a eu pour effet de restreindre les Etats membres dans leurs choix de politiques industrielles nationales. En effet, les interventions des Etats dans leurs économies nationales ne peuvent avoir pour conséquence de fausser, au profit de leurs industries nationales, le jeu de la concurrence au sein du marché commun. Dans cette optique la politique industrielle européenne veut limiter les interventions des Etats à un niveau horizontal par la promotion des infrastructures, des grandes fonctions horizontales (R&D, formation, énergie et environnement...) et un environnement économique stimulant pour tous.

Les impératifs d'une politique industrielle coordonnée au niveau européen ont pour effet de façonner les relations entre les agents économiques. L'« *ensemble des mesures étatiques qui modifient l'allocation des ressources obtenue par le libre fonctionnement du marché et qui visent à renforcer la croissance et la compétitivité de l'économie nationale* » (Gual, 1995), ne peut désormais plus se construire qu'en interagissant avec les exigences liées à la politique de concurrence européenne.

On a analysé dans ce travail les exigences de la politique de concurrence européenne.

En synthèse, le choix d'un marché européen intégré et concurrentiel repose sur l'établissement d'une relation positive entre un marché concurrentiel et ses efficiences.

Concernant l'innovation, la réalité complexe du potentiel innovant d'un marché concurrentiel n'autorise cependant pas d'éluder la question de la relation entre politique de concurrence et innovation. Une difficulté à surmonter dans ce cas est de savoir à partir de quand un marché déterminé est-il trop ou trop peu concurrentiel pour stimuler l'innovation ?

On a vu que les domaines d'expression de la politique de concurrence au niveau européen concernent les ententes, les abus de position dominante, les fusions/acquisitions d'entreprises et enfin les aides d'Etat.

Concernant l'interdiction des ententes, on a mentionné que les ententes sont autorisées sous certaines conditions (art 101§3 TFUE) dans la mesure où elles contribuent à améliorer l'économie, par exemple dans le domaine de la R&D en raison des externalités positives, à charge pour les parties impliquées d'en établir la preuve devant l'autorité de contrôle.

C'est dans ces exceptions que les politiques industrielles des Etats peuvent s'exprimer, à l'occasion de décisions prises par les autorités nationales de concurrence (ANC), tout en restant cohérentes à un niveau européen.

Concernant l'article 102 TFUE, on a vu qu'une position dominante n'est pas considérée en soi comme illégale dans la mesure où elle demeure contestable. C'est l'abus de position dominante, en soi potentiellement anticoncurrentiel, qui n'est pas accepté.

En ce qui concerne les acquisitions et fusions d'entreprises, les autorités de contrôle veillent à préserver la concurrence afin d'éviter que la recherche de pouvoir de marché par les entreprises ne prenne le pas sur les efficiences productives (économies d'échelle), allocatives et dynamiques.

Une fusion peut avoir pour effet de placer la nouvelle entité dans une position dominante qui lui permet, en cas d'abus, d'établir des barrières à l'entrée d'un marché ou d'adopter des comportements de monopole, mais cette même position dominante peut aussi, si elle reste contestable, avoir des effets bénéfiques pour les consommateurs présents et surtout à venir, en particulier grâce aux efficiences dynamiques.

Une fusion peut aussi avoir pour effet d'inciter la nouvelle entité à réduire sa gamme de produits et/ou à diminuer ses investissements en R&D, notamment à cause d'effets de cannibalisation qui l'emporteraient sur l'appropriabilité accrue des bénéfices d'une innovation.

Cependant un effet « spill-over » peut aussi créer des synergies, notamment via le partage de connaissances et l'open source, capables de dynamiser le potentiel innovant d'un marché.

Le caractère potentiellement dommageable de certaines fusions/acquisitions d'entreprises pour la concurrence et le bien-être du consommateur requiert que les autorités de contrôle compétentes examinent, ex-ante, ces fusions sous l'angle des efficiences non seulement allocatives et statiques, mais aussi dynamiques.

Une fusion motivée uniquement par un objectif d'accroissement de marge sans pour autant bénéficier au consommateur aura toutes les chances d'essuyer un refus de la part de l'instance de contrôle compétente. Lorsqu'une fusion est susceptible d'engendrer de gains

d'efficacités dynamiques, l'autorité pourra l'accepter, moyennant éventuellement l'ajout de mesures conditionnelles compensatoires (remèdes) en vue d'assurer le maintien d'une pression concurrentielle sur les marchés impliqués.

Concernant les aides d'Etat, elles ne sont pas autorisées dans la mesure où elles sont considérées comme potentiellement sources de distorsion de la concurrence. Les aides d'Etats peuvent aussi permettre l'éclosion de politiques industrielles nationalistes allant par nature à l'encontre d'un marché commun intégré au niveau européen.

La législation européenne prévoit cependant un nombre important d'exceptions, de plein droit ou conditionnelles, autorisant certaines aides d'Etat. Ces exceptions visent essentiellement à corriger certaines défaillances de marché. Parmi ces aides publiques autorisées, l'on trouve, par exemple, les aides à l'emploi, les aides à la R&D...

La promotion d'une politique européenne de la concurrence ouverte sur le monde extérieur risque d'être freinée dans sa logique d'efficacités si les acteurs mondiaux en présence n'évoluent pas sous un cadre réglementaire partagé et respecté de tous.

## 11 Bibliographie

1. Ernest Gellhorn, *Antitrust Law and Economics*, Nutshell Series, West Publishing Company, 1984, i.
2. Defraigne, J. C., & Nouveau, P. (2017). *Introduction à l'économie européenne*. De Boeck Supérieur.
3. <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/409419>  
Concurrence & Innovation Séminaire Philippe Nasse. Jacques-Philippe Gunther. 19 janvier 2015
4. Buccirosi, P., Ciari, L., Duso, T., Spagnolo, G., & Vitale, C. (2013). Competition policy and productivity growth: An empirical assessment. *Review of Economics and Statistics*, 95(4), 1324-1336.
5. Kegels, C., & van der Linden, J. (2011). Competitiveness, productivity, competition and structural reforms: the Belgian case. *Reflets et perspectives de la vie économique*, 50(3), 27-51.
6. Desbrosse, P. (2010). Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés. *Revue internationale de droit économique*, 24(2), 211-240.
7. De Streel, A., & Larouche, P. (2015). *Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement*, OECD document DAF/COMP/GF(2015)7.
8. <https://www.rbbecon.com/downloads/2017/07/RBB-Brief-54.pdf>  
RBB Brief 54. An innovative leap into the theoretical abyss: Dow/DuPont and the Commission's novel theory of harm. July 2017.
9. [https://www.oxera.com/agenda/February 2017/mergers-and-innovation-fewer-players-more-ideas.pdf](https://www.oxera.com/agenda/February%202017/mergers-and-innovation-fewer-players-more-ideas.pdf)  
Oxera (2017). Conversely, do mergers create benefits to society by increasing innovation that ... The Oxera Economics Council met to discuss this topic in November 2016.
10. [https://www.coleurope.eu/sites/.../pascale\\_dechamps\\_-\\_slides.pdf](https://www.coleurope.eu/sites/.../pascale_dechamps_-_slides.pdf)  
Déchamps, P. (2017). Dynamic markets and dynamic enforcement: a focus on merger control. 12th annual conference of the GCLC.
11. De Coninck, R. (2016). Innovation in EU Merger control: in need of a consistent framework. *Competition Law & Policy Debate*, 2(3), 41-51.
12. Claici, A., Coublucq, D., Federico, G., Motta, M., & Saurí, L. (2016). Recent developments at DG competition: 2015/2016. *Review of Industrial Organization*, 49(4), 585-611.
13. Jullien, B., & Lefouili, Y. (2018). *Horizontal Mergers and Innovation*.
14. Desbrosse, P. (2010). Les programmes de Clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés. *Revue internationale de droit économique*, 24(2), 211-240.
15. Motta, M., & Polo, M. (2003). Leniency programs and cartel prosecution. *International journal of industrial organization*, 21(3), 347-379.
16. Guillou, S. (2017). La politique de concurrence européenne ou l'extension du domaine de l'intégration (No. Info : hdl: 2441/1mof1h23q59diqibf0j93lk029). Sciences Po.
17. Buigues, P. A., & Marty, F. (2018). Politiques publiques et aides d'Etat aux entreprises : typologie des stratégies des Etats Membres de l'Union Européenne (No. 2018-07). Groupe de Recherche en Droit, Economie, Gestion (GREDEG CNRS), University of Nice Sophia Antipolis.

18. [https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reddot/alumni-adel/images/Politique\\_de\\_concurrence\\_et\\_politique\\_industrielle\\_Conference\\_220914\\_Huveneers.pdf](https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reddot/alumni-adel/images/Politique_de_concurrence_et_politique_industrielle_Conference_220914_Huveneers.pdf)
19. Huveneers, C. (2014). Politique de concurrence et politique industrielle, conférence UCL Louvain-La-Neuve, 22/09/14.
20. Gual, J. (1995). The three common policies: an economic analysis. *European Policies on Competition, Trade and Industry. Conflict and complementarities*, Surrey: Edward Elgar.
21. Déchamps, P. & Fanton, I. (2018), The economics of dynamic markets: a focus on merger control, *Journal of European Competition Law and Practice*, 9 :2, 2018, février.
22. EU Industrial Policy After Siemens-Alstom, EPSC, March 2019.
- .
-